Klage aus unerlaubter Handlung und rechtskräftiges Urteil

von

Hermann Kaups
Gerichtsassessor
aus Zabern

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

Inaugural-Dissertation, der hohen juristischen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität zu Straßburg i. Els. vorgelegt.

Referent: Professor Dr. Wilhelm Kisch.

1914

Klage aus unerlaubter Handlung und rechtskräftiges Urteil

von

Hermann Kaups
Gerichtsassessor
aus Zabern

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Inaugural-Dissertation, der hohen juristischen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität zu Straßburg i. Els. vorgelegt

Referent: Professor Dr. Wilhelm Kisch.

1914

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548002_0045

Disposition.

Einleitung (§ 1)

Erster Teil.

A. Begriff und Arten des Urteils (§ 2).

B. Die Wirkungen des Urteils.

I. Die Rechtskraftswirkung.

1. Die Rechtskraft der Sachurteile (§ 3).

a. Begriff und Wesen der Rechtskraft.

a. Die Rechtskraft als Zweckmäßigkeitsschöpfung.

b. Inhalt der Gebundenheit des Richters.

aa. bei Feststellungsurteilen.

bb. bei Gestaltungsurteilen.

b. Bedeutung der Rechtskraft unter den Parteien.

c. Subjektive Grenzen.

d. Kein materieller Inhalt der Rechtskraft.

2. Rechtskraft der Urteile prozeßrechtlichen Inhalts und der Kostenentscheidungen (§ 4).

II. Die Vollstreckungswirkung.

1. Vollstreckung bei Sachurteilen (§ 5).

a. Vollstreckungsanspruch.

b. Vollstreckung im engeren und weiteren Sinne.

c. Vollstreckungsfähigkeit und -unfähigkeit.

a. bei Feststellungsurteilen i. e. S.

b. bei Gestaltungsurteilen.

c. bei Leistungsurteilen.

d. Beginn, Ende und Wirkungen der Vollstreckung.

2. Vollstreckung der Urteile prozeßrechtlichen Inhalts und der Kostenentscheidungen (§ 6).

III. Privatrechtliche Nebenwirkungen der Urteile (§ 7).

Zweiter Teil.

A. Vorbemerkung, Fälle und Frageſtellung (§ 8).

B. Beſeitigung der Urteilswirkungen.

I. Beſeitigung der Vollſtreckungswirkung.

1. bei Vollſtreckung im engeren Sinne (§ 9).

a. vollſtreckte Leiſtungsurteile.

a.) Anwendbarkeit der § 823 ff. BGB. an ſich.

b.) Iſt die Rechtskraft wirkungslos?

b. nicht vollſtreckte Leiſtungsurteile.

c. Prozeßurteile und Koſtenentſcheidung.

2. bei Vollſtreckung im weiteren Sinne (§ 10).

a. Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung.

b. Urteile nach § 1612 BGB.

c. Geſtaltungsurteile und auslöſende Urteile.

3. Anhang: Schädigung Dritter und durch Dritte.

II. Beſeitigung der Rechtskraftswirkung.
(Feſtſtellungsurteile und feſtſetzende Urteile) (§ 11).

III. Verſchiedene Theorien (§ 12).

IV. Beſeitigung der Nebenwirkungen (§ 13).

1. unter den Prozeßparteien.

2. gegenüber Dritten.

Schlußwort.

§ 1.

Einleitung.

Hat ein zwischen 2 Parteien schwebender Prozeß durch Erlaß eines Urteils sein Ende gefunden und ist das Urteil durch Rechtsmittel oder durch Einspruch nicht mehr anfechtbar, so ist damit über die im Prozeß befangen gewesene Rechtsbeziehung zwischen den Parteien endgültig und unabänderlich entschieden: Die Unanfechtbarkeit des Urteils gewährt die Einrede der Rechtskraft. Diese Einrede würde dem Kläger entgegenstehen, wenn er, mit der Klage rechtskräftig abgewiesen, den gleichen Anspruch von neuem klageweise geltend machen wollte. Sie würde auch dem verurteilten Beklagten entgegstehen, wenn er etwa das nach Erlaß des Urteils Gezahlte mittels einer Klage zurückverlangen wollte, mit der Begründung, er schulde nichts, oder wenn er in anderer Weise die Wirkungen des rechtskräftigen Urteils in einem neuen Prozesse zur Beurteilung stellen wollte. Ist das Urteil in normaler Weise, im regelmäßigen Verlauf eines Prozesses erlangt, so ist hiergegen auch nichts einzuwenden. Es ist aber der Fall denkbar, daß eine Partei ein ihr günstiges rechtskräftiges Urteil durch arglistiges Verhalten, d. h. in einer sittlich zu mißbilligenden Weise herbeigeführt hat. Dem Reichsgericht hat eine Anzahl von Fällen zur Entscheidung vorgelegen, in welchen der Kläger eine obsiegende aber der materiellen Rechtslage nicht entsprechende Entscheidung erwirkt hatte dadurch, daß er den Beklagten entweder durch falsche Vorspiegelungen oder durch Drohungen abgehalten hatte, sich zu verteidigen, oder daß er durch

falschen Parteieid die Entscheidung des Richters bestimmt oder endlich durch erschlichene öffentliche Zustellung sich ein rechtskräftiges Versäumnisurteil verschafft hatte. Das Reichsgericht hat sich dahin ausgesprochen, daß ein derartiges Verhalten dem Beklagten eine Schadensersatzklage aus § 826 BGB. gebe, welcher die Einrede der Rechtskraft nicht entgegengehalten werden könne. Die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, um dem was nicht Recht sei, den Stempel des Rechts zu geben (RG. Bd. 61 S. 359 ff). Das Reichsgericht läßt also mit andern Worten zu, daß die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils durch eine Klage aus unerlaubter Handlung beseitigt werden, wenn das Urteil erschlichen ist. Die Frage, ob dies möglich ist, hat in der Theorie bereits eine sehr eingehende Erörterung erfahren. Mit ihr hat sich auch die vorliegende Arbeit zu beschäftigen.

Der Gang der Erörterung ergibt sich unmittelbar aus der zu behandelnden Frage: Wollen wir wissen, ob eine Klage aus unerlaubter Handlung die Wirkungen eines rechtskräftigen arglistig erschlichenen Urteils beseitigen kann, so müssen wir zunächst feststellen, welche Wirkungen ein solches Urteil hat und diese wiederum lassen sich nicht erforschen, ohne daß auf das Wesen des Urteils kurz eingegangen wird.

Erster Teil.

§ 2.

A. Begriff und Arten des Urteils.

Der Privatrechtsordnung entspricht mit Notwendigkeit der Rechtsschutz. Die Rechtsordnung wirkt nicht durch sich selbst, sie wäre daher ein unnützes Gedankengebilde,

wenn nicht die Möglichkeit bestände, sie durchzusetzen. Sie wird überhaupt erst zur Rechtsordnung, wenn sie durchsetzbar wird [1]). An sich ist keineswegs erforderlich, daß an dieser Verwirklichung der Rechtsordnung der Staat sich beteiligt, oder daß sie gar von ihm ausgeht. Recht bleibt Recht, auch wenn es im Wege der Selbsthülfe von den Privaten in die Wirklichkeit umgesetzt wird. Die Selbsthülfe ist aber unverträglich mit einem geordneten Staatswesen. Sie ist auch nicht geeignet, der Durchführung der Rechtsordnung zu dienen. Denn sie ist niemals eine endgültige Durchsetzung des Rechts, sie kann es nicht sein, weil hinter ihr eben nur ein Privater steht, dem eben wieder blos ein Privater gegenüber steht. In Wirklichkeit würde also bei der Selbsthülfe nur entscheiden wer der Stärkere ist, und nicht, wer Recht hat.

Ueberdies muß mit zunehmender Kompliziertheit der Rechtsordnung die Selbsthülfe ohnehin versagen, weil ihr Anwendungsgebiet nur klein, auf besonders grobpraktische Fälle beschränkt ist, nämlich auf Fälle, in denen eben Handlungen zur Durchsetzung der Privatrechtsordnung erforderlich und genügend sind, etwa wenn eine Sache weggenommen, zerstört oder beschädigt oder der Widerstand eines Verpflichteten gebrochen wird (§ 219 BGB.).

Der Staat muß also das Mittel zur Verwirklichung der Privatrechtsordnung gewähren und er muß es zugleich in einer Weise ausgestalten, daß der durch die veränderten Kulturverhältnisse bedingten Mannigfaltigkeit der Rechtssätze und Rechtsfolgen von Tatbeständen Genüge geschieht. Dieses Mittel ist der Zivilprozeß.

Betrachten wir nun den regelmäßigen Verlauf eines

[1]) Vgl. Schultze, Privatrecht und Prozeß S. 50 ff.

Prozesses, so sehen wir, daß sein formales Ziel das Urteil ist. Alle Handlungen, welche die Parteien vornehmen, laufen daraus hinaus, daß ein Urteil zu fällen ist. In dem Urteil muß also vornehmlich der Zweck des Zivilprozesses zum Ausdruck kommen und ist dieser Zweck die Bewährung, Durchsetzung der Privatrechtsordnung, so muß das Urteil derjenige Staatsakt sein, durch den der Staat das Recht verwirklicht.

Worin besteht aber nun die „Rechtsdurchsetzung"? Zunächst nur darin, daß der Staat die Organe, deren er sich für die Urteilsfällung bedient, zwingt, die Rechtssätze auf den ihnen vorliegenden Tatbestand anzuwenden und einen Ausspruch über das Ergebnis dieser Gedankenoperation zu liefern. Das Urteil enthält hiernach eine Beurteilung eines Tatbestandes nach seiner rechtlichen Seite hin, oder mit anderen Worten einen Ausspruch über die Beziehungen zwischen Tatbestand und Rechtssätzen.

Diese Begriffsbestimmung ist sehr weit gefaßt und muß weit gefaßt sein. Denn, wie schon oben bemerkt: Je mannigfaltiger die Rechtssätze sind, um so verschiedenartiger wird auch die Gestalt sein, in der sich die Durchführung der Rechtssätze als Bestandteile der Rechtsordnung vollzieht.

In der Regel wird jener Ausspruch, wie es ja in der Natur der Sache liegt, eine Feststellung der außerprozessualen Rechtsfolgen sein, und ist es vielleicht in früheren Rechten ausschließlich gewesen. Diese Feststellung kann wieder verschiedenen Inhalt haben. Der Richter kann sich damit begnügen, blos festzustellen, daß eine bestimmte Rechtsfolge außerhalb des Prozeßes eingetreten ist; das Urteil kann aber auch die Feststellung enthalten, daß der der eingetretenen Rechtsfolge entsprechende äußere Rechtszustand herzustellen ist, m. a. W. daß eine geschuldete

Leistung zu bewirken, ein Anspruch zu erfüllen ist. Dieses sind die Leistungsurteile, jenes die Feststellungsurteile im engeren Sinne. Beide Arten von Urteilen unterscheiden sich nur durch den Gegenstand der Feststellung [1]).

Ausnahmsweise freilich ist nicht eine Rechtsfolge Gegenstand der Feststellung, sondern eine Tatsache, nämlich bei der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde. Die einzige Rechtsfolge des Tatbestandes (Bestreiten, Berühmen usw.) ist hier das Urteil selbst. Das ganze Institut der Urkundenfeststellungsklagen ist, auch seinem Zwecke nach, ein prozeßrechtliches, das der Anknüpfung an materielle Rechtsverhältnisse entbehrt. Diejenigen Rechtssätze, über deren Beziehung zu einem prozessualen Tatbestand das Urteil sich ausspricht, sind im Prozeßrecht enthalten. Es handelt sich also hier um eine eigentümliche Erscheinung.

Außer den erwähnten beiden Urteilsarten kennt das geltende Recht noch eine dritte Art von Urteilen und zwar nach der herrschenden Ansicht nur noch eine dritte Art, die Gestaltungsurteile oder konstitutiven Urteile, als deren Typus das Ehescheidungsurteil gelten kann. Auch bei diesen wird keine Rechtsfolge festgestellt sondern eine solche erst herbeigeführt. Das Ehescheidungsurteil stellt nicht fest, daß die Ehe nicht mehr besteht, sondern die Auflösung der Ehe als Folge eines bestimmten Tatbestandes wird durch das Urteil bewirkt. Nur dadurch kann man den Gestaltungsurteilen ein feststellendes Moment beilegen, daß man annimmt, aus dem betreffenden Tatbestande entspringe ein Recht des Privaten auf Rechts-

[1]) Dies gefunden und klargestellt zu haben ist bekanntlich das Verdienst A. S. Schultzes (Deutsches Konkursrecht). Vgl. auch Kisch, Beiträge zur Urteilslehre S. 22, Z. 6.

änderung und dieses Recht werde wenigstens implicite durch das Urteil festgestellt. Aber abgesehen davon, daß dieses Recht auf Rechtsänderung keinesfalls gegen den beteiligten anderen Privaten sich richtet, ist diese Feststellung eben nur nebenbei im Urteil enthalten, daher nicht für den Charakter des Urteils bestimmend.

Man darf sich nicht zu der Annahme verleiten lassen, daß die genannten drei Urteilsarten jedem Rechte immanent seien. Gerade bei den Gestaltungsurteilen ist denkbar, daß eine andere Rechtsordnung die Aenderung der Rechtsverhältnisse, die sich hier nur durch Urteil vollzieht, unmittelbar an den Tatbestand selber knüpft, daß z. B. der Ehebruch die Ehe ipso iure auflöst, so daß günstigstenfalls dem Urteil nur noch die Feststellung dieser Rechtsfolge überlassen bliebe. Vielmehr hängt es immer von der geltenden Rechtsordnung ab, welche Arten von Urteilen es gibt. Die steigende Kultur, die die Selbsthülfe beseitigt hat, hat auch die Arten der Urteile vermehrt. Es ist daher nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, wenn Kisch[1]) auf Grund einer genauen Durchforschung des materiellen Rechts noch weitere Urteilsarten unterscheidet, nämlich die von ihm als „auslösende" (Typus: Das Urteil, auf Ehenichtigkeitserklärung) und „festsetzende" (Typus: Das Urteil, welches nach §§ 315, 319 BGB. die Leistung bestimmt.) bezeichneten. Weiter unten[2]) soll noch davon die Rede sein[3]).

[1]) Beiträge zur Urteilslehre 1913.

[2]) § 5C, b und c, § 10 a. E., § 11 a. E.

[3]) Ein genaueres Eingehen auf die Frage ist bei dem beschränkten Ziele dieser Arbeit nicht angängig. Der Haupteinwand, der gegen Kischs Lehre erhoben wird, ist der, daß die neue Unterscheidung nicht zu praktisch verschiedenen Ergebnissen führe (Seuffert, Z. f. ZPr. 33 S. 387). Als ob zwischen den Gestaltungsklagen abgesehen von den Ehesachen und etwa den Feststellungsurteilen grundsätzliche praktische Verschiedenheiten beständen.

B.

Die Wirkungen des Urteils.

I.

Die Rechtskraftswirkung.

1. § 3.

Die Rechtskraft der Sachurteile.

Mit der Feststellung oder Rechtsänderung allein ist es nicht getan. Soll durch den Staat die Privatrechtsordnung wirklich durchgesetzt, endgültig verwirklicht werden, so muß den Urteilen eine Wirkung beigelegt werden, welche jene Feststellung oder Rechtsänderung unabänderlich bindend macht. Das Urteil muß aus der Sphäre der blos logischen Denkoperationen herausgehoben, die Frage, ob es gelten oder nicht gelten soll, dem Belieben der Parteien entzogen werden.

Unser Prozeßrecht gewährt aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen die Möglichkeit die Ueberprüfung und Abänderung eines Urteils durch ein höheres Gericht, es kennt einen Instanzenzug, der durch bestimmte Parteiakte, die Rechtsmittel, eingeleitet wird. Außerdem kennt das Gesetz einen Fall, in dem ein Urteil formell und inhaltlich abgeändert werden kann von dem Gericht, welches es erlassen hat, und zwar ebenfalls auf Grund eines Rechtsaktes einer Partei, nämlich im Versäumnisverfahren (§ 343 ZPO). Die Vorname dieser Rechtsakte ist nur zulässig innerhalb bestimmter Fristen. Sind diese Fristen abgelaufen, so ist das Urteil „unabänderlich", formell rechtskräftig geworden. Das Gesetz drückt dies umgekehrt in der Weise aus, daß es bestimmt, daß die Rechtskraft vor Ablauf der Fristen nicht eintritt (§ 507 ZPO.). Von

formeller Rechtskraft, d. h. also formeller Unabänderlichkeit, muß man aber auch dann sprechen, wenn Rechtsmittel oder Einspruch überhaupt nicht zulässig sind, z. B. bei Urteilen letzter Instanz bei zweiten Versäumnisurteilen (§ 513 Abs. 2), oder wenn auf Rechtsmittel oder Einspruch verzichtet ist[1]). Die Rechtslage ist in solchen Fällen genau die gleiche, wie wenn das geltende Recht einen Instanzenzug überhaupt nicht kennte.

Hieraus ergibt sich, daß diese formelle Unabänderlichkeit mit der eingangs erwähnten nichts zu tun hat. Denn auch wenn das Urteil formell rechtskräftig ist, so ist damit nicht gesagt, daß es unter den Parteien endgültig und unabänderlich das Privatrecht durchsetzt. Die Beziehung dieser Unabänderlichkeit zu der materiellen Rechtslage muß vielmehr eine andere sein. Welcher Art diese Beziehung ist, das ist das Problem der „materiellen Rechtskraft."

a. Zuweilen wird angenommen, daß im Wesen des Urteils überhaupt ein **Befehl** liegt „an Parteien und Organe der Rechtspflege, sich so zu verhalten, wie es den im Urteile abzuleitenden logischen Schlußfolgerungen entspricht." [2]).

Indes mit Recht.

Wohl muß der Staat mit seiner Macht hinter dem Urteil stehen, es durch seine Organe in autoritativer Weise erlassen, wenn es wirklich eine Durchsetzung der Rechtsordnung sein soll. Es bedarf aber keines Befehls im Sinne Labands an alle Beteiligten, insbesondere nicht

[1]) Vgl. dagegen § 19 EGZPO.

[2]) So Laband Staatsrecht 3 S. 353, Wach-Laband Rechtskraft S. 117. Dagegen mit schlagenden Gründen Kisch S. 26 S. durch Schmidt Lehrbuch S. 744 oben, Heim Feststellungswirkungen S. 248 fg.

an die Parteien. Jenem Zwecke kann der Staat vielmehr dadurch entsprechen, daß er von vorneherein und für alle Fälle dem erkennenden Gericht und allen übrigen Organen der Rechtspflege verbietet, anders zu entscheiden, als das einmal mit der Sache befaßt gewesene Gericht formell unabänderlich entschieden hat, oder positiv gebietet, ebenso zu entscheiden. Wie der Staat also den Richter zwingt, auf einen ihm vorliegenden Tatbestand die geltenden Rechtssätze anzuwenden, so zwingt er jeden späteren Richter den Ausspruch über die Beziehungen zwischen Tatbestand und Rechtssätzen als richtig anzuerkennen.

Dieses Gebot spricht nicht der Richter im Urteile aus, sondern der Staat im Gesetze[1]). Das ist die logische und einfachste Art, wie sich die Durchsetzung der Privatrechtsordnung vollziehen kann.

Durch das Gesetz sind also die Zivilgerichte an das einmal Entschiedene gebunden, und diese Gebundenheit ist die „materielle Rechtskraft."

a. Die materielle Rechtskraft ist nicht „eine Eigenschaft des Urteils, die sich von dem Wesen des Urteils von selber ergibt, für seinen Begriff geradezu bestimmend ist,"[2]) sondern eine Zweckmäßigkeitsgründen von positiven Rechten geschaffene Wirkung des Urteils[3]). Der Staat will durch das Urteil Recht verwirklichen und um diesem Zwecke besser dienen zu können, legt er dem Urteile die materielle Rechtskraft bei. Er könnte auch in der Weise

---

[1]) Vgl. Kisch a. a. O.

[2]) So Hamburger Ausbeutung S. 33 c.

[3]) So auch Schmidt S. 745. Das eine schließt das andere aus. Wer die Rechtskraft als eine im Wesen des Urteils begründete Eigenschaft ansieht, darf sie nicht zu den Wirkungen des Urteils zählen, wie Hamburg S. 33 vgl. mit S. 18.

tätig werden, daß er wie ein durch Parteivereinbarung angerufener Schiedsrichter zwischen den Parteien entscheidet und es diesen überläßt, ob sie sich an die Entscheidung halten wollen oder nicht. Auch hier liegt ein vom Staate ausgehendes Urteil vor, daß sich freilich von einem logischen Urteil nicht unterscheidet. Diese Regelung wäre aber offenbar unzweckmäßig, weil sie eine stets erneute Aufrollung der bereits entschiedenen Frage gestatten und damit Rechtsfrieden und Rechtssicherheit, deren Schutz der Staat an sich genommen hat, gefährden würde.

Daß die Rechtskraft aus Zweckmäßigkeitsgründen geschaffen ist, zeigt am besten die Erscheinung, daß in früheren Rechten derselbe Rechtsschutzzweck auf andere Weise erreicht wurde: vermittels Konsumption des Anspruchs durch die Klage im römischen Formularprozeß [1]),

Nur soviel ist richtig, daß die geltende Rechtsordnung die materielle Rechtskraft mit der formellen Rechtskraft des Urteils unfehlbar von selbst eintreten läßt, sodaß der äußere Anschein erweckt wird, als sei sie im Wesen des Urteils begründet [2]). Solange das Urteil aber nicht formell rechtskräftig ist, hat es auch keine materielle Rechtskraft; und doch ist nicht daran zu zweifeln, daß es ein Urteil im Sinne der Zivilprozeßordnung ist [3]).

b. Der Richter, der in einem zweiten Prozesse zu entscheiden hat, ist an das erste Urteil gebunden, d. h. er darf nicht das Gegenteil der Rechtsfolgen aussprechen welche das vorhergehende Urteil ausgesprochen hat. Es ist ihm aber nicht nur der ausdrückliche Ausspruch unter-

[1]) Vgl. Schmidt S. 745.

[2]) Wenn zuweilen gesagt wird, die formelle Rechtskraft bewirkt die materielle, so wird fälschlich Voraussetzung gleich Ursache gesetzt Unrichtig daher Schollmeyer Z. 12 S. 280.

[3]) Vgl. z. B. § 320 Abs. 2 ZPO.

sagt: er darf diesen entgegengesetzten Rechtsfolgen auch nicht als Voraussetzung, als ein einzelnes Tatbestandsmoment eines anderen Rechts als des im Vorprozesse geltend gemachten implicite feststellen und so seinen Ausspruch zugrunde legen. Der zweite Richter darf überhaupt nicht davon ausgehen, daß der Richter des ersten Prozesses die ihm vorliegende Sache unrichtig entschieden habe.

a a) Wenden wir das Gesagte auf die Feststellungsurteile im weiteren Sinne an, so ergibt sich folgendes:

Hat das erste Gericht festgestellt, daß ein Tatbestand bestimmte Rechtsfolgen hat, so kann nicht Ausspruch des Nichtbestehens dieser Rechtsfolgen erlangt werden.

Ist also der Beklagte zu einer Leistung verurteilt, so ist verboten Feststellung des Nichtbestehens der Leistungspflicht; ist die Feststellungsklage im engeren Sinne durchgedrungen, so darf nicht der negativen Feststellungsklage des früheren Beklagten stattgegeben werden. Ebenso kann vom Kläger nicht nach rechtskräftiger Abweisung der Leistungsklage Feststellung des Bestehens der Leistungspflicht oder abermals Leistung verlangt werden. Denn die Abweisung einer Klage bewirkt Feststellung des Nichtbestehens des geltend gemachten Rechts oder bei Abweisung einer negativen Feststellungsklage, Feststellung des vom Beklagten behaupteten Rechts. Demgemäß kann auch nicht nach Abweisung der Feststellungsklage nochmals Feststellung oder Leistung verlangt werden.

Weiter aber tritt die Bindung des Richters hervor, wenn der Beklagte zu einer Leistung verurteilt war und die condictio indebiti als Kläger erhebt. Denn zur Begründung der Klage muß er geltend machen erstens, er

habe etwas geleistet, zweitens, er sei zur Leistung nicht verpflichtet gewesen. Daß er aber verpflichtet war, ist durch das erste Urteil rechtskräftig festgestellt.

b b) Auch bei den Gestaltungsurteilen kommt die materielle Rechtskraft zur Geltung[1]). Das Urteil ändert das betreffende Rechtsverhältnis nicht nur, sondern es stellt zugleich rechtskräftig fest, daß es in der geänderten Form besteht. Man könnte denken, von materieller Rechtskraft könnte mindestens dann keine Rede sein, wenn dieselbe Rechtsänderung, die das Urteil herbeigeführt hat, nochmals verlangt wird, oder wenn Feststellung begehrt wird, daß die Rechtsänderung nicht eingetreten ist. Diese Klagen sind allerdings unbegründet, weil eben die Rechtskraft eingetreten ist (die erste übrigens wohl auch, weil es an dem nötigen Interesse am Rechtsschutz mangelt); ebenso wie eine Feststellungsklage im weiteren Sinn abgewiesen werden muß, wenn die behaupteten außerhalb des Prozesses liegenden Rechtsfolgen in Wirklichkeit nicht eingetreten sind. Aber gerade diese Analogie beweist, daß auch bei den Rechtsgestaltungsurteilen die Rechtskraft von Bedeutung ist. Denn auch bei ihnen liegt die eingetretene Rechtsänderung außerhalb des gegenwärtigen Prozesses. In diesem kann daher mit Erfolg behauptet werden, die Rechtsänderung sei nicht eingetreten, d. h. das erste Urteil sei nicht erlassen, oder es sei absolut nichtig.

Dagegen äußert sich die Rechtskraft wenn behauptet wird, das erste Urteil sei zu Unrecht erlassen. Der Richter müßte hierauf erwidern: Ich darf nicht davon ausgehen, daß das Urteil unrichtig ist, denn jene Rechtsänderung steht für mich bindend fest. Das wird besonders dann wichtig, wenn die Unrichtigkeit des Urteils als Voraussetzung

[1]) Vgl. auch Kisch, S. 74.

eines anderen Anspruchs als des im Vorprozesse geltend gemachten zur Erörterung gebracht wird. Das wird sich im weiteren Verlauf der Arbeit noch als bedeutungsvoll erweisen.

b) Die Rechtskraft tritt erst in einem späteren Prozesse hervor, mag er sich vor demselben Gerichte oder vor einem anderen abspielen.

Dies bedürfte eigentlich keiner Erwähnung, denn es folgt schon daraus, daß die materielle Rechtskraft untrennbar an die formelle geknüpft ist, daß sie also erst von Bedeutung wird, wenn das Urteil innerhalb des anhängigen Prozesses nicht mehr angefochten werden kann. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die Bindung des Gerichts sich genau genommen an einen außerprozessualen Tatbestand (das rechtskräftige Urteil) knüpft, daß also ein außerprozessualer Tatbestand eine prozessuale Folge hat. § 191 des Entwurfs zum BGB. enthielt den Satz: „ . . . . . Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden." Das bedeutet selbstverständlich nicht, daß den Parteien das Wort abgeschnitten wird, oder daß ihr Vorbringen unbeachtet bleibt, sondern nur daß sie mit ihrem Vorbringen keinen Erfolg haben, soweit es dem rechtskräftig Festgestellten widerspricht, daß vielmehr das rechtskräftig Festgestellte als festgestellt dem neuen Urteil zugrunde zu legen ist [1]). Vom Standpunkt derjenigen Partei aus, gegen welche die der rechtskräftigen Entscheidung widersprechende Behauptung aufgestellt wird, gewährt die Rechtskraft die Einrede der Rechtskraft („Ein-

[1]) Stein 1 S. 802. Vgl. auch Hellwig, Rechtskraft S. 13 N. 34. Daselbst findet sich auch der von Hamburger S. 47 vermißte Gedanke, daß die Unbestreitbarkeit eine Reflexwirkung der Bindung des Gerichts ist.

rede" im prozessualen Sinne genommen). Freilich hat die Geltendmachung der Einrede nur die Bedeutung, daß der Richter auf etwas aufmerksam gemacht wird, worauf er schon von Amtswegen zu achten hat. Denn daß die Rechtskraft von Amtswegen zu berücksichtigen ist, folgt mit Notwendigkeit aus der Natur des Urteils als eines den Richter bindenden Staatsakts [1]). Damit hängt zusammen, daß auf die Rechtskraft nicht verzichtet werden kann [2]).

Abgesehen von dieser abgeschwächten Bedeutung der Rechtskraftseinrede besteht die Einredewirkung auch nur dann, wenn eben eine dem rechtskräftigen Urteil widersprechende Behauptung aufgestellt wird und nicht dann, wenn die rechtskräftige Entscheidung als Grundlage eines anderen Anspruchs geltend gemacht wird, was ja auch denkbar ist (Gewährleistung, Schadenersatz; vgl. § 283 BGB) [3]).

c) Aus der Natur des Urteils als bindender Staatsakt würde an sich folgen, daß die Rechtskraft allen gegenüber wirkt, nicht nur den am Vorprozeß beteiligten Parteien.

Diese unbegrenzte Wirkung der Rechtskraft wäre aber unbillig, denn das Urteil ist i. d. R. ein „Ergebnis der freien Prozeßführung der Parteien" [4]). Die Parteien haben die Möglichkeit, durch absichtliche Unterlassungen oder positive Handlungen den Inhalt des Urteils zu

[1]) Stein: S. 804. Von Amtswegen hat der Richter freilich nicht nach rechtskräftigen Urteilen zu forschen. Darin hat Hamburger S. 41 ganz recht. Das hängt aber nicht, wie Hamburger meint, mit der Verhandlungsmaxime zusammen, sondern mit der rein natürlichen Erscheinung, daß der Richter nicht nach etwas forschen muß, dessen Existenz zu vermuten er keinen Anlaß hat.

[2]) So besonders engerisch Bülow, Arch. f. z. Pr. 83 S. 1 ff. Vgl. auch Schwartz, Festgabe für Dernburg S. 311 ff.

[3]) Es ist daher in der Tat nicht erschöpfend, wenn man sagt, das Urteil gewähre die „Einrede" der Rechtskraft. Schmidt S. 747 unten.

[4]) Schmidt S. 761 IV.

bestimmen; sei es in rechtlicher oder tatsächlicher Beziehung [1]). Oder, um es anders auszudrücken, Dritte, die an dem Rechtsverhältnis der Parteien in irgend einer Weise beteiligt sind, wären ungeschützt den Kollusionen zwischen den Prozeßparteien ausgesetzt. Daher ist die Wirkung der Rechtskraft durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung auf die Parteien des Vorprozesses beschränkt (§ 325 ZPO.). Das bedeutet, daß die oben erwähnten Rechtsfolgen nur eintreten, wenn die gleichen Parteien prozessieren, die den rechtskräftig entschiedenen Prozeß geführt haben.

Allerdings sind vom Gesetze mehrfach Ausnahmen getroffen. So ist Wirkung gegen alle beigelegt den Urteilen über Nichtigkeit, Anfechtung und Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe und den Urteilen über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern (§ § 629, 643 ZPO.). Und zwar gilt dies auch, wenn durch das Urteil die Klage abgewiesen worden ist. Das die Nichtigkeitsklage abweisende Urteil stellt also allen gegenüber fest, daß die betreffende Ehe gültig ist. Ferner aber muß auch den rechtsgestaltenden Urteilen überhaupt Rechtskraftswirkung gegen alle beigelegt werden. Denn wenn ein Ereignis (das Urteil) die Wirkung hat, daß eine Rechtsänderung entsteht, so kann eben niemand leugnen, daß die Rechtsänderung eingetreten ist, wenn jenes Ereignis stattgefunden hat (das Urteil erlassen ist). Die eine Gestaltungsklage abweisenden Urteile äußern dagegen nicht Wirkung gegen alle, wenn überhaupt die Rechtskraft hier in die Erscheinung treten kann [2]).

[1]) Schmidt a. a. O.

[2]) Eine der Vorschrift des § 616 ZPO. entsprechende Bestimmung ist für die übrigen Rechtsgestaltungsurteile nicht gegeben. Der Kläger also, der etwa mit der Gütertrennungsklage (§§ 1418, 1468, 1469, 1542 BGB.. rechtskräftig abgewiesen ist, könnte eine neue Klage auf die im ersten Prozeß geltend gemachten Tatsachen stützen, wenn man nicht annimmt, daß die Rechtskraft entgegensteht; § 616 ist dann freilich überflüssig.

Abgesehen hiervon aber muß daran festgehalten werden, daß eine Erstreckung der Rechtskraft nur dann stattfindet, wenn sie durch positiv rechtliche Bestimmung angeordnet ist. Es trifft nicht zu, daß das Urteil für und gegen jede Person wirkt, deren Rechtsverhältnis von dem Rechtsverhältnis der Parteien abgeleitet ist[1]). Diese Annahme würde mit dem System der Zivilprozeßordnung die dem Dritten nicht die Möglichkeit gibt, ein rechtskräftiges Urteil z. B. durch Restitutionsklage anzufechten, nicht vereinbar sein[2]). Nicht einmal eine analoge Ausdehnung von Einzelvorschriften wird man bei dem singulären Charakter derselben zulassen dürfen.

d) Das rechtskräftige Urteil bindet das Gericht.

Die Rechtskraft ist ein rein prozeßrechtliches d. h. öffentlich rechtliches Gebilde.

Abzulehnen ist die Auffassung, daß die Rechtskraft materiell rechtliche Wirkungen auf das in dem Urteil entschiedene privatrechtliche Verhältnis hätte, besonders in dem Sinn, daß ein nicht bestehender Anspruch, der durch das Urteil als bestehend festgestellt ist, nunmehr auch wirklich besteht.

Diese Ansicht war früher unangefochten; sie lag auch ganz zweifellos dem § 191 E. BGB. zugrunde[3]), hat hier freilich in der Fassung nichts weniger als einen entsprechenden Ausdruck gefunden (denn das „Nichtbestreitenkönnen" des § 191 kann nur im Prozeß Bedeutung

[1]) Wach-Laband S. 20.

[2]) Schmidt S. 771. Vgl. dagegen Fischer J. Jahrb. 40 S. 234.

[3]) Vgl. die überzeugenden Ausführungen bei Pagenstecher, mat. Rechtskr. S. 18 ff.

erlangen). Die gegenteilige Ansicht ist konsequent durchgeführt zuerst von Hellwig[1]).

Es wäre schon an sich etwas Außergewöhnliches, wenn ein öffentlich-rechtlicher Tatbestand wie das Urteil Privatrechte zur Entstehung bringen könnte, wo es doch nicht der Zweck des Zivilprozesses und damit des Urteils ist, Rechte zu schaffen, sondern Rechtsschutz zu gewähren.

Man muß sich auch auf den Standpunkt desjenigen versetzen, der das Urteil fällt: Der Richter sagt nicht: „Du, Kläger, sollst jetzt die und die Rechte haben," sondern er sagt sich: „Ich bin überzeugt, daß Du die behaupteten Rechte hast, deshalb verurteile ich.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß die materiellrechtliche Auffassung dann versagt, wenn zu Unrecht eine Urkunde rechtskräftig für echt erklärt ist[2]). Der Einwand, es handele sich hier um eine Ausnahmeerscheinung, kann nur als Verlegenheitsbehelf angesehen werden. Ganz einwandfrei ist hier nur die prozeßrechtliche Auffassung, nach welcher der Richter einfach verbunden ist, die Urkunde als echt anzusehen.

Die Unhaltbarkeit jener materiell rechtlichen Auffassung ergibt sich auch, wie Hellwig[3]) treffend ausführt, wenn man an Urteile denkt, welche dingliche oder absolute Rechte feststellen und dabei beachtet, daß das Urteil nur zwischen den Parteien wirkt. Der im Feststellungsprozeß mit Unrecht besiegte Eigentümer hätte das Eigentum dem Kläger gegenüber verloren, Dritten gegenüber aber behalten. Zu logischen Ergebnissen führt auch hier nur die prozessuale Theorie.

[1]) Rechtskraft, § 2. Vgl. die Literaturangaben bei Pagenstecher, Z. f. z. Pr. 37 S. 2. ff.

[2]) Hamburger S. 48.

[3]) Hellwig, Rkr, S. 15. Lehrb. 1 S. 124, Heim S. 122.

Pagenstecher, der besonders lebhaft die Ansicht verteidigt, daß das unrichtige Urteil den Anspruch zur Entstehung bringe, scheidet von vornherein die rechtsgegestaltenden Urteile aus. Es ist aber doch undenkbar, daß die Rechtskraft hier und dort einen anderen Sinn hat.

Pagenstecher sagt[1]), die Erforschung der Wirkungen des Urteils könne nur dann zum Ziele führen, wenn man die Wirkung gefunden habe, welche alle gegen sich gelten lassen müßten. Mit mehr Recht kann man aber sagen, die Wirkung hätte man nur dann gefunden, wenn man wisse, welche Wirkung alle Urteile haben.

Auch Pagenstecher gibt zu, daß in späteren Prozessen das Bestehen der zuerkannten Forderung nicht bestritten werden könne, sofern Parteien prozessieren, auf die sich die Wirkung der Rechtskraft erstreckt. Nur ergebe sich die Unbestreitbarkeit daraus, daß der Kläger sagen könne: Ich habe jetzt eine Forderung, wenn ich auch früher vielleicht keine hatte[2]). Man muß sich aber fragen, woraus in den übrigen Fällen sich die Unbestreitbarkeit ergibt, d. h. insbesondere dann, wenn das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht. Sie kann sich dann doch nicht aus der einfachen Tatsache ergeben, daß der Kläger eine Forderung hat (abgesehen von dem Urteil), sondern daraus, daß sich das Urteil über die Forderung ausgesprochen hat.

Wenn dem aber bei richtigen Urteilen so ist, so kann auch bei unrichtigen Urteilen die Bestreitbarkeit nicht blos aus der Schaffung der Forderung durch das Urteil gefolgert werden. Denn eine Forderung kann doch in jedem Falle

[1]) S. 44.

[2]) Z. f. ZPr. 37 S. 11. Das wäre also eine Forderung, ein Privatrecht, das schon mit seiner Entstehung durchgesetzt wäre.

bestritten werden, gleichgültig, wie sie entstanden ist. Es muß also, ganz abgesehen von der Schaffung eines Anspruchs durch das Urteil eine andere Kraft im Urteil liegen, welche die Unbestreitbarkeit der Forderung bewirkt. Mit anderen Worten: Die Frage, ob das unrichtige Urteil ein Recht zur Entstehung bringt, hat mit der Rechtskraft nichts zu tun. Auch der Anhänger der prozessualen Auffassung der Rechtskraft wird zugeben müssen, daß derjenige, der vor dem Urteil nicht fordern konnte, nach Rechtskraft des Urteis fordern kann und daraus folgt, daß er eben eine Forderung hat. Es kommt zwar umgekehrt vor, daß jemand eine Forderung hat, aber nicht fordern kann (in gewissem Sinn). Aber das wäre geradezu widersinnig zu sagen, jemand habe zwar keine Forderung, könne aber fordern [1]).

Aber diese neu entstandene Forderung ist mit der ursprünglich behaupteten nicht wesensgleich. Welche Bewandnis es mit ihr hat, das ist bereits von Kisch zutreffend angegeben [2]). „Eine Veränderung tritt durch das unrichtige Urteil allerdings ein. Aber sie ist nicht bestimmungsgemäß. Sie wird nicht vom Gesetzgeber als Zweck des Urteils angesehen. Sondern sie ist umgekehrt ein zufälliges nicht gewolltes und sogar sehr unerwünschtes Ergebnis der Rechtskraft."

Ueberdies können auch nur Forderungen entstehen, und nicht etwa dingliche Rechte.

Die materielle Rechtskraftstheorie wird zuweilen auch aus § 323 ZPO. zu begründen gesucht. Der Ausschluß der älteren Einwendung in § 323 Abs. 2 soll zeigen, daß es nicht darauf ankomme, ob der Kläger vor dem ersten

[1]) Vgl. Pagenstecher, S. 73 Z. 37 S. 19.
[2]) S. 58 vor Nr. 3.

Urteil einen Anspruch gehabt habe, sondern der durch jenes erste Urteil rechtskräftig festgestellte (bezw. erzeugte) Anspruch werde zur Grundlage der abändernden Entscheidung gemacht[1]). Daß dem so ist, läßt sich beim besten Willen nicht aus § 323 entnehmen. § 323 kann doch nur den Normalfall im Auge haben, daß das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht. Er spricht auch nicht von einer Abänderung des rechtskräftig festgestellten Anspruchs, sondern ganz zutreffend von einer solchen des Urteils, d. h. der Verurteilung[2]). Diese Abänderung des rechtskräftigen Urteils hat ihrem Wesen nach genau die gleiche Bedeutung, wie wenn sie in zweiter Instanz durch das Berufungsurteil gegenüber dem erstinstanzlichen Urteile erfolgte. § 323 beweist also keineswegs, daß durch das rechtskräftige Urteil unter allen Umständen ein Anspruch entstanden sein muß.

Die Rechtskraft ist also als Bindung des Richters an den Inhalt des vorhergehenden Urteils eine prozessuale Erscheinung und hat bei allen Urteilen materiellen Inhalts gleiche Bedeutung[3]). Die entgegengesetzte Auffassung würde geradezu die Wirkung haben, die Rechtskraft auf Alle zu erstrecken, während das Gegenteil ganz unzweifelhaft dem System der Zivilprozeßordnung zu grunde liegt.

Diese prozessuale Auffassung darf nicht zu der Annahme verleiten, daß eine Klage, welcher die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten wird etwa als unzulässig abzuweisen wäre. Die Einrede der Rechtskraft ist weder eine prozeßhindernde Einrede noch ist sie eine prozessuale Einrede in

[1]) Kleinfeller, Z. f. Rpfl. in Bay. Bd. 2 S. 5 Sp. 1.

[2]) Vgl. den § 323 zu Anfang.

[3]) Vgl. im Uebrigen zur Theorie Pagenstechers die eingehenden Ausführungen bei Heim, Feststellungswirkung S. 124 fg.

dem Sinne, daß sie eine Entscheidung in der Sache verhinderte. Die Rechtskraft soll lediglich eine wiedersprechende Sachentscheidung verhindern. Ist eine Klage mit Unrecht abgewiesen, so hat die Rechtskraft gegenüber der neuen Klage die gleiche Wirkung, wie wenn ein Anspruch eingeklagt wird, dessen Erlöschen die Parteien vereinbart hatten. Nur daß die Rechtskraft eben nicht ein Erlöschen des Anspruchs bewirkt hat, sondern daß der Richter verbunden ist, bei der Sachentscheidung davon auszugehen, daß der Anspruch nicht besteht, ohne Rücksicht auf Richtigkeit oder Unrichtigkeit des ersten Urteils.

2. § 4.

Rechtskraft der Urteile prozeßrechtlichen Inhalts und der Kostenentscheidungen.

a. Der Rechtskraft fähig sind die Urteile nur, soweit sie über den durch Klage oder Wiederklage erhobenen Anspruch entscheiden (§ 322 Abs. 1 ZPO.). Soweit also, sollte man meinen, über den Anspruch nicht entschieden ist, tritt die Rechtskraftwirkung nicht ein und kann daher die Unrichtigkeit des Urteils in allen späteren Prozessen mit Erfolg geltend gemacht werden.

Konsequent durchgeführt[1]) bringt dies dazu, von der Rechtskraft auszuschließen alle die zahlreichen Urteile, die nur über prozessuale Punkte entscheiden, insbesondere die Zwischenurteile, z. B. über den Beitritt eines Nebenintervenienten, oder das Zeugnisverweigerungsrecht, ferner die Urteile, die über prozeßhindernde Einreden entscheiden, endlich die besondere Kategorie der Urteile mit prozeß-

[1]) wie z. B. durch Schmidt S. 749, 750.

rechtlichem Inhalt[1]), z. B. das Urteil auf Erlaß oder Aufhebung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung, auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel (§ 731 ZPO.) und zahlreiche andere.

Es ist aber klar, daß die Verneinung der Rechtskraftswirkung hier praktisch zu unerträglichen Ergebnissen führen würde. Es kann unmöglich zulässig sein, daß die gleiche, wenn auch prozeßrechtliche Frage von den Parteien immer wieder in Streit gezogen und womöglich mit Erfolg zum Gegenstand eines neuen Prozesses gemacht wird. Die formelle Rechtskraft, welche jene Urteile doch in der Mehrzahl zweifellos haben können, würde nur einen problematischen Wert haben. Auch die Strafgebühr für Mutwillen des § 47 Abs. 2 GKG. gewährt keinen ausreichenden Schutz; sie ist auch nicht immer anwendbar.

Es fragt sich daher, ob § 322 wirklich so auszulegen ist, daß er die Urteile, die nicht über einen privatrechtlichen Anspruch entscheiden, von der Rechtskraftswirkung ausschließt. Der Wortlaut des § 322 läßt auch eine andere Auslegung zu. Denn ein „Anspruch" ist auch erhoben, wenn Erlaß eines Arrestbefehls begehrt wird, wenn auch nicht ein dem materiellen Rechte angehörender, sondern ein Anspruch im Sinne von prozessualem Begehren.

Es wird geltend gemacht[2]), der grundlegende Satz des öffentlichen Rechts: „bis de eadem quaestione ne judicetur" habe allgemeine Geltung, beziehe sich auf jedes Urteil, möge es einen materiellen Anspruch erledigen, oder eine Prozeßvoraussetzung. § 322 beziehe sich überhaupt nur auf solche Urteile, die über den Klaganspruch

[1]) Kisch, S. 148 ff.
[2]) Schwartz, Festgabe für Dernburg S. 344.

entschieden und für diese bestimme er, daß sie der Rechtskraft nur insoweit fähig seien, als über den Anspruch entschieden werde.

Diesen Ausführungen wird man beistimmen müssen.

Freilich ist es kaum zutreffend, daß ein allgemeiner Satz besteht: „bis de eadem quaestione ne iudicetur." Das würde bedeuten, daß ein Eingehen auf das im zweiten Prozesse gestellte Begehren seitens des Gerichts ausgeschlossen, daß also die Klage als unzulässig abzuweisen wäre, während in Wirklichkeit nur eine widersprechende Entscheidung verhindert wird.

Wie in den Motiven bemerkt[1]), sollte durch § 322 die Streitfrage nach der Rechtskraft der Urteilselemente beseitigt werden. Diese Streitfrage konnte aber nur bei Urteilen die über einen materiellrechtlichen Anspruch entscheiden von größerer Bedeutung werden, denn präjudizielle Rechtsverhältnisse kommen bei Urteilen prozeßrechtlichen Inhalts kaum in Betracht. § 322 hat also nur jene Kategorie von Urteilen im Auge, ohne sich über diese auszusprechen. Alle Urteile aber, gleichgültig welchen Inhalt sie haben, sind Staatsakte, durch welche der Staat seine Verpflichtung zur Gewährung von Rechtsschutz erfüllt. Mit allen Urteilen muß daher die für den Erfolg des Rechtsschutzes wesentliche Bindung des zweiten Richters an das rechtskräftig Entschiedene verknüpft sein. Wie natürlich der privatrechtliche Anspruch seine Individualisierung durch den konkreten Tatbestand erfährt, so hat auch jedes Prozeßurteil seinen individuellen Tatbestand und der Umfang der Rechtskraft muß daher, ebenso wie bei den Sachurteilen aus dem Tatbestand entnommen werden.

---

[1]) Hahn, Materialien S. 291.

Einer Wiederholung der wegen Unzuständigkeit abgewiesenen Klage mit anderer Begründung der Zuständigkeit steht daher nichts im Wege.

Wenn § 11 ZPO. bestimmt, daß die rechtskräftige Entscheidung über die sachliche Unzuständigkeit für dasjenige Gericht bindend sei, bei dem die Sache später anhängig werde, so ist dies nicht etwa eine Ausnahme von der Regel, daß die Entscheidung sonst nicht bindend sei, sondern es ist hier nur ein besonders wichtiger Fall herausgegriffen. Das gleiche gilt für die Bestimmung des § 107 GVG, 28 GewGG., 16 KGerG. Jedenfalls hat eine etwaige abweichende Ansicht des Gesetzgebers über die Rechtskraft der Prozeßurteile keinen einwandfreien Ausdruck gefunden; hat sich das Gesetz ja nicht einmal über das Wesen der Rechtskraft ausgesprochen, sondern deren Feststellung der Theorie überlassen[1]).

Ein Grund, die Zwischenurteile über prozeßhindernde Einreden (§ 275 ZPO.) von der Rechtskraft auszunehmen, weil sie nicht „endgültig" entschieden, besteht m. E. nicht. Sie sind der formellen Rechtskraft fähig (§ 275 Abs. 2) und entscheiden daher über die betreffende Einrede nach Eintritt der Rechtskraft endgültig, sei es, daß sie die Klage abweisen (in welchem Falle sie Endurteile sind[2]), oder daß sie die Einrede verwerfen. Das gleiche gilt folgerichtig von den Zwischenurteilen über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO. (abgesehen von der Bindung des erkennenden Gerichts innerhalb des anhängigen Rechtsstreits,

[1]) Aus der Literatur vgl. zu der Frage Schultze, Privatrecht und Prozeß, S. 346, 347. Levy, Z. f. z. Pr. 20 S. 95 (hält die Sache für zweifellos); dagegen Seuffert S. 527. Zur richtigen Ansicht hat sich auch das Reichsgericht bekannt. Urt. v. 30. 11. 1897 J. W. 98 S. 47 Nr. 12.

[2]) Vgl. aber § 538 Nr. 2 ZPO.

die sich auch nach Eintritt der formellen Rechtskraft des Zwischenurteils nach § 318 ZPO. bestimmt[1]).

b. Eine „Entscheidung über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch" ist auch nicht die Entscheidung über die Kosten des Rechtsstreits, die ja jedes Urteil enthalten muß, und die insbesondere auch bei Prozeßurteilen vorkommt. Andererseits ist aber die Kostenentscheidung auch nicht blos eine Entscheidung über einen prozessualen Punkt.

Es wird sich also fragen, ob auch sie der materiellen Rechtskraft fähig ist[2]).

Diese Frage kann in verschiedenem Sinne gestellt werden: Können erstens die Kosten eines Rechtsstreits zum Gegenstand eines neuen Prozesses (Feststellungsklage oder condictio indebiti) gemacht werden unter der Behauptung, der erste Prozeß sei unrichtig entschieden? Zweitens kann in solchen Prozessen zur Begründung der Rückforderung der Kosten geltend gemacht werden, der Rechtsstreit sei zwar richtig, der Kostenpunkt aber unrichtig entschieden (z. B. es sei § 92 Abs. 2 oder § 93 ZPO. nicht richtig angewandt)?

Die Beantwortung der ersten Frage kann keine Schwierigkeiten machen. Es handelt sich hier überhaupt nicht um die Rechtskraft der Kostenentscheidung, sondern um diejenige der Entscheidung in der Hauptsache. Die Frage in diesem Sinne taucht überhaupt nur dann auf, wenn die Kostenentscheidung im Vorprozesse nach dem Unterliegen der einen oder anderen Partei bemessen worden war. Die Kondiktion der bezahlten Kosten würde hier zur Voraussetzung haben das Nichtbestehen der rechtskräftig

[1]) A. A. in beiden Beziehungen Stein I S. 808 Z. 3.
[2]) Die Literatur läßt im Stich.

festgestellten Rechtsfolgen, während der Richter dieselben infolge der Rechtskraft als bestehend ansehen muß. Entsprechendes müßte gelten, wenn geklagt würde auf Feststellung, daß dem Beklagten aus dem ersten Urteil ein Kostenerstattungsanspruch nicht zustehe. Denn der Beklagte könnte sich demgegenüber auf das Urteil berufen, dessen Unrichtigkeit wegen der Rechtskraft nicht mit Erfolg behauptet werden könnte.

Dagegen ist klar, daß die Frage im zweiten Sinne nicht anders als vom Gesichtspunkt einer Rechtskraft der Kostenentscheidung verneint werden könnte. Denn die Unrichtigkeit des Urteils, soweit es über den geltend gemachten Anspruch entscheidet, wird hier nicht behauptet. Man könnte zwar einwenden, der ganze Urteilstenor sei als eine Einheit aufzufassen und unterliege als solche der Rechtskraft. Das hilft aber nicht darüber hinweg, daß sich eben die Rechtskraft auf die Kostenentscheidung erstreckt. Man braucht auch nur an die Fälle der sogenannten Kostenurteile zu denken, bei denen ja eine Entscheidung in der Hauptsache überhaupt nicht ergangen ist (die Urteile nach Erledigung der Hauptsache, oder nach Rückzug der Klage oder des Rechtsmittels (§ 99 Abs. 3, § 271 Abs. 3, 515, 566 ZPO.). Und gerade diese Art von Urteilen erfordert gebieterisch die materielle Rechtskraft wie sie auch die formelle Rechtskraft besitzen.

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten ist zweifellos privatrechtlicher Natur. Meist wird er aufgefaßt als eine besondere Form des Schadenersatzes, bei dem nur ein Verschulden nicht in Frage komme, sondern Verursachung genüge[1]). Dagegen ist auch nichts einzuwenden; eine

[1]) So besonders Stein S. 264 N 2, woselbst dies sogar als allgemein anerkannt bezeichnet ist. Vgl. auch Görres Z. f. z. Pr. 35 S 342.

Analogie mit den außerhalb des Prozesses entstandenen Kosten, z. B. denjenigen eines Beweissicherungsverfahrens oder eines Rechtsgutachtens, die ja zum Gegenstand eines besonderen Prozesses gemacht werden können, ist unverkennbar. Nur ist daran festzuhalten, daß die Frage der Kostenerstattung in der Zivilprozeßordnung abschließend geregelt ist und eine auch nur analoge Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht verträgt. Ist der Anspruch aber privatrechtlicher Natur, so liegt es nahe, die Vorschriften des § 322 ZPO. entsprechend auf ihn anzuwenden. Es wäre ein sonderbarer Widerspruch, wenn z. B. die Kosten des Beweissicherungsverfahrens als Schadensersatz in gesondertem Prozesse geltend gemacht der Rechtskraft unterlägen, als Kosten des schwebenden Prozesses dagegen nicht. Was aber für die außerhalb des Prozesses entstandenen Kosten gilt, muß auch für die eigentlichen Prozeßkosten gelten [1]). Die Gründe, die für die Erstreckung der Rechtskraft auf die Prozeßurteile sprechen, insbesondere die Gleichwertigkeit der Urteile vom Standpunkt des Rechtsschutz gewährenden Staates aus, treffen auch hier zu. Endlich ist von Bedeutung, daß nach § 99 Abs. 1 ZPO. die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt (durch Rechtsmittel) unzulässig ist, wenn nicht zugleich in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Der formell selbständigen Anfechtung unterliegt also die Kostenentscheidung nicht. Sollte sie dann der materiellen Anfechtung in neuem Prozesse unterliegen?

[1]) Die ja zum Teil auch aus außergerichtlichen Kosten bestehen (bes. Parteikosten).

II.

Die Vollstreckungswirkungen.

1. § 5.

Vollstreckung bei Sachurteilen.

a. Der Vollstreckungsanspruch.

Würde sich die Wirkung des Urteils darin erschöpfen, daß die festgestellten Rechtsfolgen für spätere Prozesse bindend festgelegt sind, so wäre damit dem Rechtsschutzbedürftigen wenig geholfen. Denn diejenigen Fälle, in denen die materielle Rechtskraft praktisch wird, sind doch verhältnismäßig selten. Meist wird es dem Privaten nicht darauf ankommen, das Bestehen seines Rechts festgestellt zu wissen, sondern den Rechtszustand, der dem Recht entspricht, auch wirklich herbeigeführt zu sehen. Da der Staat auch in dieser Beziehung die Selbsthülfe nicht dulden kann, so darf er sich anderseits auch nicht darauf beschränken, zwischen den Parteien zu entscheiden, was Rechtens ist, sondern er muß die Mittel gewähren, das Entschiedene zu verwirklichen. Dieses Mittel ist die Zwangsvollstreckung. Diese dient sonach neben dem Urteil dem Rechtsschutz und wird daher mit dem Verfahren zur Erlangung des Urteils als „Zivilprozeß im weiteren Sinne" zusammengefaßt.

Sie ist indessen kein unselbständiges Mittel zur Erlangung, oder, vom staatlichen Standpunkt aus, Gewährung des Rechtsschutzes in dem Sinne, daß sie nur neben dem Urteile bestehen könnte. Denn das positive Recht ist in der Lage, die Durchsetzung von Privatrechten mit staatlicher Hilfe auch unabhängig von vorgängiger rechtskraftsmäßig bindender Entscheidung über ihr Bestehen zu ermöglichen.

Das ist auch in der Tat geschehen, insofern als in gewisser Form errichtete Urkunden zur Gewährung der staatlichen Zwangsgewalt für genügend erklärt sind.

Nur insofern ist sie unselbständig, als der Staat nicht wie beim Erkenntnisverfahren auf das bloße Begehren des Privaten hin tätig wird, sondern eine an bestimmte Formen geknüpfte, außerhalb der Zwangsvollstreckung zu beschaffende formelle Grundlage derselben fordert, den „Vollstreckungstitel". Seine rechtliche Bedeutung besteht nicht blos darin, daß er die Voraussetzungen, unter denen der Staat Rechtsschutz durch Zwangsvollstreckung gewährt, feststellt [1]). Eine solche Feststellung erfolgt allerdings in jedem Vollstreckungstitel, so auch in den vollstreckbaren Urkunden, wenn sie hier auch von den Parteien ausgeht (der beurkundente Notar hat nicht etwa die Stelle des Richters). Diese Feststellung hat jedoch weitergehende Bedeutung insofern, als sie die Möglichkeit, zu vollstrecken erst schafft. Der Vollstreckungstitel wirkt also konstitutiv, und soweit mithin das Urteil ein solcher ist, haben wir als weitere Wirkung des Urteils die Möglichkeit, zwangsweise zu vollstrecken.

Diese Wirkung hängt — als endgültige — ebenso wie die Rechtskraft des Urteils von der formellen Rechtskraft ab.

Der unmittelbare Beginn der Vollstreckungshandlungen ist weiter formell abhängig von der Erteilung der „vollstreckbaren Ausfertigung", der mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urteils. Die Vollstreckungsklausel enthält, wie Schmidt mit Recht ausführt, nur die Feststellung, daß das Urteil ein korrekter Vollstreckungstitel ist, und daß keine Umstände eingetreten sind, welche die Vollstreck-

[1]) So Schmidt S. 875.

barkeit ausschließen [1]). Die Vollstreckungsklausel führt die Vollstreckbarkeit keinesfalls erst herbei; sonst hätte der Ausspruch der „vorläufigen Vollstreckbarkeit" nach § 708 fg. keinen Sinn, da er ja auch nicht von der Notwendigkeit der Vollstreckungsklausel entbindet. Das gilt selbst in den Fällen, in denen die Klausel nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden darf (§ 730 ZPO.). Das Urteil ist an sich auch gegen oder für den Rechtsnachfolger vollstreckbar; die Klausel stellt dies nur fest und entbindet die Vollstreckungsbehörden von der Prüfung der Rechtsnachfolge. Die Erteilung der Vollstreckungsklausel gehört sonach nicht zur Zwangsvollstreckung, sondern bereitet sie nur vor, sie ist ein „eigenartig gestaltetes Zwischenverfahren" [2]) zwischen Urteil und Vollstreckung.

Die Vollstreckung besteht nun in gewissen, rechtlich enormierten Handlungen, die der Staat durch seine Organe vornimmt. Da der Staat wegen des Verbots der Selbsthülfe zur Gewährung des Rechtsschutzes durch Vollstreckung verpflichtet ist, so kann die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung herbeizuführen, nicht blos ein Ausfluß der allgemeinen Handlungsfähigkeit sein, sondern es muß ein Recht des Privaten auf diese Handlungen gegen den Staat bestehen, ein Recht öffentlichrechtlichen Charakters. Wie das Erkenntnisverfahren eine Folge des Rechtsschutzanspruchs auf Urteil ist, so ist das Vollstreckungsverfahren eine Folge des Rechtsschutzanspruchs auf Vollstreckung [3]), oder des Vollstreckungsrechts im subjektiven Sinn [4]), oder des Vollstreckungsanspruchs [5]).

[1]) Lehrb. S. 895.
[2]) Schmidt S. 895.
[3]) Schmidt S. 876, Gmelin S. 34.
[4]) Planck II. S. 606.
[5]) Hellwig, Klagrecht S. 17. Wach, Vorträge S. 300.

Dieses Recht richtet sich also nicht gegen den Schuldner, sondern gegen den Staat. Der Schuldner ist nicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung verpflichtet[1]). Wenn dem so wäre, so müßte doch ein Verstoß gegen diese Verpflichtung irgend welche Folgen haben, denn eine Verpflichtung ohne Sanktion ist keine Verpflichtung. In § 113 StGB. wird nur der Widerstand gegen die Staatsgewalt, und nur der gewaltsame mit Strafe bedroht. Auch §§ 136, 137 StGB. bilden keine Sanktion einer derartigen Verpflichtung, da sie nur spezielle Fälle der Zwangsvollstreckung betreffen. Der Gläubiger hat dem Schuldner gegenüber nur das Recht, Erfüllung zu verlangen[2]), und dieses entspringt schon aus dem Privatrecht, das durch die Vollstreckung durchgesetzt werden soll.

b. Vollstreckung im engeren und weiteren Sinne.

Von dieser Zwangsvollstreckung, die durch Zwangshandlungen des Staates außerhalb des Erkenntnisverfahrens vollzogen wird als Vollstreckung im engeren Sinne wird neuerdings ein weiterer Begriff der Vollstreckung unterschieden; Vollstreckung ist hiernach „jede Entfaltung der staatlichen Befehlsgewalt zum Zwecke einer solchen Aenderung der bestehenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, auch wenn sie nicht in der Erzwingung oder Ersetzung einer vom Gegner geschuldeten Leistung besteht[3])." Vollstreckung sind hier alle Maßregeln, welche zur Herstellung des dem im Prozeß befindlichen Rechte entsprechenden Zustandes dienen. Unter diesen weiteren Begriff fallen

---

[1]) Hellwig, Klagrecht S. 20 N. 8.

[2]) Hellwig, Klagrecht S. 16 III.

[3]) Hellwig, Lehrbuch I S. 54, 55 d. Z. Z. 1903 S. 287.

vor allem die Gestaltungsurteile aber auch die Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung [1]).

Die Unterscheidung kann gemacht werden; sie dient uns [2]) auch zur erheblichen Vereinfachung der Betrachtung.

Freilich muß der weitere Begriff mit Vorsicht angewandt und wohl verstanden werden. „Befehlsgewalt" ist nicht im Sinne der Theorie aufzufassen, die im Urteil einen Befehl sieht, sondern es ist gleichbedeutend mit staatlicher Macht. Handlungen des Staates ferner „zwecks Herbeiführung des dem streitigen Rechte entsprechenden Zustandes" sind hier notwendigerweise nicht nur das Urteil, sondern alle richterlichen Prozeßhandlungen, welche auf Fällung des Urteils abzielen und das sind eben letzten Endes alle. Daneben gibt es aber bekanntlich auch Prozeßhandlungen der Privaten; beide zusammen machen das Erkenntnisverfahren aus. Das Erkenntnisverfahren, das notwendig einheitlich ist, wird also durch jenen Begriff in zwei nebeneinander laufende, nur begrifflich zu erkennende Teile gespalten, nämlich die richterlichen Prozeßhandlungen als Vollstreckungsverfahren im weiteren Sinn und die privaten und richterlichen Prozeßhandlungen als eigentliches Erkenntnisverfahren. Es ist auch wohl zu beachten, daß in allen den Fällen der Vollstreckung im weiteren Sinne der Staat gegen sich selber vollstreckt und nicht gegen den Schuldner. Denn das Recht auf Rechtsänderung besteht nur gegen den Staat, da der Staat die Rechtsänderung durch das Urteil bewirkt. Die eine Partei kann nicht gegen die andere ein Recht haben, daß ein Dritter (der Staat) eine Handlung vornehme.

[1]) darüber weiter unten S. 50.

[2]) im zweiten Teil der Arbeit.

Immerhin kann das nicht gegen die Annahme einer Vollstreckung im weiteren Sinne sprechen. Denn wie der Staat sich selber verurteilen kann, so kann er schließlich auch gegen sich selber vollstrecken, nämlich in denjenigen Fällen, in denen eine Zwangsvollstreckung aus Leistungsurteilen gegen den Staat nicht gesetzlich ausgeschlossen ist. Die Annahme des weiteren Vollstreckungsbegriffs entspricht auch dem Bedürfnis, die Vorschriften des § 767 ZPO. auf Rechtsgestaltungsurteile, insbesondere Ehescheidungsurteile auszudehnen. [1])

Die Zivilprozeßordnung selber scheint den Begriff der Vollstreckung überhaupt in einem ganz andern Sinne zu verstehen.

So bestimmt § 708 Z. 5, daß Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden, für vorläufig vollstreckbar erklärt werden müssen. § 709 Z. 1—3 lassen die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urteilen in gewissen Streitigkeiten zu, ohne zu unterscheiden, ob es sich um Verurteilung oder Abweisung oder sonstige Feststellung handelt; ja man muß sogar annehmen, daß dies in der Absicht des Gesetzes lag, da Z. 4 desselben Paragraphen ausdrücklich eine Verurteilung fordert. Vor allem aber bestimmt § 704 Abs. 2, daß Urteile in Ehesachen und in solchen Sachen, welche die Feststellung des Kindesverhältnisses zum Gegenstande haben nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden dürfen; es könnte also angenommen werden, daß diese Urteile mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 704 Abs. 1, 705) ohne weiteres vollstreckbar wären. Die Zivilprozeßordnung scheint mithin allen Urteilen ohne Unterschied, ob Leistung, Feststellung oder Rechtsgestaltung, Vollstreckungsfähigkeit zuzusprechen.

[1]) Vgl. hierüber Hellwig d. Z. 1903 S. 287 fg.

Denn jenen positiven Vorschriften gegenüber kann die Bemerkung der Motive zu § 704 (597), es kämen selbstverständlich nur solche Urteile in Betracht, welche ihrer Natur nach vollstreckungsfähig seien [1]), nicht in Betracht kommen. Dieser Satz gibt eben keine Auskunft darüber, was das Gesetz unter vollstreckungsfähig versteht.

Wohl aber gibt Auskunft die Begründung für die Hinzufügung der Statusurteile in § 704 Abs. 2 [2]): hier heißt es, die Erstreckung der Vorschrift des § 704 Abs. 2 rechtfertige sich dadurch, daß es der Natur dieser familienrechtlichen Verhältnisse widerstreite anders als endgültig geregelt zu werden. Die Regelung der Ehe- und Statussachen wird also „endgültig" durch die Rechtskraft; hiernach bedeutet Vollstreckbarkeit im Sinne der Zivilprozeßordnung nichts anders als „Wirksamkeit." Das hat auch das Reichsgericht richtig erkannt, wenn es in Bezug auf ein Feststellungsurteil ausspricht, daß vollstreckbar nicht vollstreckungsfähig, sondern gültig rechtswirksam, unanfechtbar bedeute [3]).

Es ist übrigens auch zu beachten, daß die Urteile außer ihren bestimmungsgemäßen Wirkungen noch sonstige Wirkungen haben, indem sie die Grundlage für die Eintragung in öffentliche Bücher bilden (Grundbuch, Güterrechtsregister, Handelsregister). Diese Wirkungen sind grundsätzlich abhängig von der Rechtskraft, können aber, wenn das Urteil vorläufig vollstreckbar ist, auch vorher eintreten.

Endlich bietet im Falle des § 895 ZPO. die vorläufige Vollstreckbarkeit eine von der bestimmungsgemäßen Wirkung des Urteils an sich abweichende Möglichkeit,

[1]) Hahn II S. 425.
[2]) Hahn, Novelle S. 133.
[3]) Bd. 16 S. 421, 25 S. 377.

nämlich die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs. Auch diese Wirkungen wird man zur Zwangsvollstreckung im weiteren Sinne rechnen können, denn auch sie dienen zur Herbeiführung oder Sicherung der Herbeiführung eines dem geltend gemachten Rechte entsprechenden Zustands.

Was die Vollstreckung im weiteren Sinne von der eigentlichen Zwangsvollstreckung aber am meisten unterscheidet, ist die Tatsache, daß es bei ihr einen Vollstreckungsanspruch nicht geben kann [1]). Denn das Recht der Partei auf Herbeiführung der Rechtsänderung durch Erlaß des Urteils ist nicht das Vollstreckungsrecht, sondern das im Rechtsschutzanspruch begründete Recht auf (günstiges) Urteil Man kann auch nicht von einer „Vollstreckungsbefugnis" sprechen, weil etwa die Parteien befugt seien, durch Zustellung die Rechtskraft und damit die Vollstreckung im weiteren Sinne herbeizuführen [2]). Diese Vollstreckungsbefugnis müßte dann schon in der Klage liegen. Die Befugnis zuzustellen, fehlt überdies gerade bei den wichtigsten Rechtsgestaltungsurteilen, den Ehescheidungsurteilen. Ein Vollstreckungsanspruch besteht vielmehr nur da, wo eine von dem erkennenden Gerichte grundsätzlich verschiedene Behörde auf Grund eines Urteils, also außerhalb des Erkenntnisverfahrens, Zwangshandlungen vornimmt.

c.) Vollstreckungsfähigkeit und Unfähigkeit.

Wie schon erwähnt, entsteht der Vollstreckungsanspruch mit dem formell rechtskräftigen Urteil (von den Fällen der vorläufigen Vollstreckbarkeit abgesehen) und

---

1) So auch Hamburger S. 63.
2) So Hamburger a. a. O.

nicht erst mit der Erteilung der Vollstreckungsklausel [1]). Diese Wirkung des Urteils ist, ebenso wie die materielle Rechtskraft, unabhängig davon, ob das Urteil richtig oder unrichtig ist. Es ist nicht Aufgabe der Zwangsvollstreckungsorgane, die Richtigkeit des Urteils nachzuprüfen; sie sind wie der spätere Prozeßrichter an die im Erkenntnisverfahren getroffene Entscheidung gebunden, ohne daß man gerade an die Rechtskraft denken müßte. Insofern ist allerdings die Entstehung des Vollstreckungsanspruchs rein formaler Natur [2]) Es fragt sich aber ob denn alle Urteile vollstreckungsfähig sind oder nicht, ob sie alle vollstreckbar im materiellen Sinne sind und daher wenigstens insofern der Entstehungsgrund des Vollstreckungsanspruchs nicht rein formaler Natur ist. Und es sind in der Tat nicht alle Urteile vollstreckbar in diesem Sinne.

a) Der Vollstreckungsfähigkeit entbehren zunächst zweifellos die Feststellungsurteile im engeren Sinne. Bei ihnen kommt auch keine Vollstreckung im weiteren Sinne in Frage, denn um die Herbeiführung eines nicht bestehenden Rechtszustandes handelt es sich hier nicht, sondern um die Feststellung des bestehenden oder nicht bestehenden.

b) Einen Vollstreckungsanspruch gewähren ferner nicht die Gestaltungsurteile. Gerade bei ihnen tritt die Vollstreckung im weiteren Sinne in die Erscheinung, denn hier wird eben ein Rechtszustand, auf dessen Herbeiführung die Partei ein Recht hat, durch Urteil verwirklicht, sodaß jede weitere Vollstreckungshandlung überflüssig ist. Zu den

[1]) A. A. Gmelin S. 41, 33 der in dem Urteile nur den durch Erteilung der Vollstreckungsklausel zu gewährenden Anspruch auf Zuerkennung des Vollstreckungsrechts findet. Es ist schwer denkbar, daß ein Vollstreckungsrecht und ein Anspruch auf Zuerkennung eines solchen bestehen sollte.

[2]) Hellwig, Lehrb. II S. 108 Hamburger S. 61 b.

Rechtsgestaltungsurteilen müssen, was die Vollstreckungsfähigkeit angeht, auch diejenigen Urteile gestellt werden, die Kisch als auslösende Urteile bezeichnet, insbesondere ihr Typus, das Urteil, welches eine Ehe für nichtig erklärt. Diese Nichtigkeitserklärung ist, wie ziemlich allgemein anerkannt ist, nicht eine Vernichtung der Ehe, sondern eine Feststellung ihrer Nichtigkeit, aber mit der Wirkung, daß die Nichtigkeit nunmehr unbeschränkt geltend gemacht werden kann (§ 1329 BGB)[1]. Vor Erlaß des Urteils besteht eine Ehe zwar nicht; das Nichtbestehen „kann" aber „nicht geltend gemacht werden." Welche rechtliche Bedeutung dieses „Nichtgeltendmachen können" für den Prozeß hat, ist nun nicht zweifellos. Man kann sich nämlich fragen, ob eine Klage, zu deren Begründung das Nichtbestehen der Ehe gehört, z. B. die Klage eines Ehegatten auf Herausgabe seines Vermögens § 985 BGB), als unzulässig oder als unbegründet abzuweisen ist. Daß die Geltendmachung der Nichtigkeit selber im prozessualen Sinne unzulässig ist, d. h. daß darüber nicht einmal verhandelt werden darf, scheint mir weniger zweifelhaft. Es ist nur die Kehrseite der Unzulässigkeit, daß die Ehe als gültig zu behandeln ist. Die Vorschrift des § 1329, als einem Zivilgesetzbuch angehörig, würde an sich materielle Bedeutung haben; das Bürgerliche Gesetzbuch enthält aber auch sonst prozessuale Vorschriften, wie z. B. die zahlreichen Vermutungen, die ausdrücklich ausgesprochen werden[2]. Daß Unzulässigkeit vorliegt, ergibt sich, wenn man statt „Nichtigkeit" den jeweiligen materiellen Tatbestand setzt und sagt: „es kann nicht geltend gemacht werden, daß der eine Ehegatte geschäftsunfähig oder ein Bigamist oder

[1]) Diese Wirkung unterscheidet die Nichtigkeitsklage von der gewöhnlichen Feststellungsklage

[2]) Vgl. das Inhaltsverzeichnis bei Fischer-Henle S. 1716.

Ehebrecher u. s. w. war." Ob dieses Vorbringen dann begründet ist, ist offenbar eine andere Frage.

Ist dem aber so, so ist auch unzulässig die Geltendmachung eines Anspruchs, zu dessen Tatbestand die Nichtigkeit der Ehe gehört, sei es auch als ein einzelnes Tatbestandsmoment, wie bei Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung; denn als unbegründet kann eine Klage nur dann zurückgewiesen werden, wenn eine materielle Prüfung sämtlicher Tatbestandsmomente des Anspruchs überhaupt möglich war. Ist die Ehe nichtig, so sind auch die aus der Nichtigkeit entspringenden Ansprüche begründet; kann die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden, so können auch die betreffenden Ansprüche nicht geltend gemacht werden. Aus dem Gesagten ergibt sich also, daß die Durchführung der Nichtigkeitsklage keine materielle Einwirkung auf den Bestand der aus der Nichtigkeit entspringenden Ansprüche hat, ebensowenig wie auf die Nichtigkeit selber. Es werden nicht unbegründete Ansprüche begründet, sondern es wird nur ihre prozessuale Geltendmachung zulässig [1]). Mithin ist auch hier von Vollstreckung im weiteren Sinn zu sprechen; denn auch hier wird der Rechtszustand (die Zulässigkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit), welcher dem im Prozesse befindlichen Rechtsverhältnisse (der Ehe bezw. deren Nichtigkeit) entspricht durch das Urteil herbeigeführt.

Was hier von der Nichtigkeitsklage gesagt ist, läßt sich entsprechend auf die Anfechtungsklage anwenden

[1]) Die Nichtigkeitsklage ist daher keine Rechtsgestaltungsklage, man müßte denn für den Begriff der letzteren eine „Veränderung der Rechtslage" (so Seuffert 1 S. 369 c) genügend sein lassen. Diese Definition ist so unbestimmt, daß man nach ihr auch die Feststellungs- und Leistungsklagen als Rechtgestaltungsklagen auffassen kann, denn die „Rechtslage" ist auch verändert, wenn ein Anspruch rechtskräftig festgestellt ist (vgl. § 191 E. BGB!). Vielmehr muß die materielle Rechtslage unmittelbar berührt werden.

denn bei dieser ist nur der unmittelbare Rechtsgrund der Nichtigkeit ein anderer, nämlich die in der Klage liegende Anfechtung.

Gleiches gilt endlich für die übrigen auslösenden Urteile, nämlich den Urteilen, welche die Unehelichkeit eines Kindes oder die Erbunwürdigkeit oder die Nichtigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses bei der Aktiengesellschaft aussprechen. (Vgl. auch § 51 Gen. G. § 36 Priv. V. G.) [1].

a) Es bleiben daher als vollstreckungsfähig im engeren Sinn, also einen Vollstreckungsanspruch erzeugend, nur noch die Leistungsurteile d. h. die Urteile, die eine Verurteilung zur Befriedigung eines Anspruchs auf ein Tun oder Unterlassen enthalten. Gerade sie sind es, bei denen dem Gläubiger in der Regel weniger an der Rechtskraftswirkung als an der Vollstreckung liegt; sie dienen vom Standpunkt des Gläubigers meist nur der Vorbereitung der Zwangsvollstreckung, sind in der Praxis auch weitaus die häufigsten.

Zu den Leistungsurteilen gehören, was die Vollstreckung angeht, auch die Urteile, welche Kisch unter der besonderen Gruppe der „festsetzenden Urteile" zusammenfaßt. So zunächst die Urteile, welche in den Fällen der §§ 315, 319, 2156, 2048, 660 BGB. die Leistungshöhe bestimmen. Denn tatsächlich erfolgt doch hier stets die Verurteilung zu einer Leistung; die Bestimmung der Leistungshöhe ist nur implicite in der Verurteilung enthalten und ist nicht der Hauptzweck des Urteils.

---

[1]) Die oben S. 15 Nr. 1 angegebenen Zweifel bezügl. der Rechtskraft können bei den auslösenden Urteilen im Falle der Klagabweisung nicht auftauchen. Auch ein Unterschied von den Gestaltungsurteilen!

Das Gleiche gilt in den übrigen Fällen der *festsetzenden Urteile*, nämlich bei dem Urteile auf Herabsetzung einer Vertragsstrafe des Maklerlohns, des Berge- und Hilfslohns und des Anwaltshonars (§ 343 655 BGB. 741 HGB. 93 Abs. 4 Geb. O. f. R. A). Auch hier wird praktisch in der Regel auf Leistung geklagt werden und die geschuldete Leistung auf Einrede des Beklagten in der angemessenen Höhe zugesprochen. Unmittelbar und allein auf Bestimmung der Leistungshöhe wird nur in seltenen Fällen geklagt werden. Theoretisch denkbar und zulässig ist dies indessen, besonders dann, wenn die herabzusetzende oder zu bestimmende Leistung noch nicht fällig ist. Ein anderes Interesse als das Rechtsschutzinteresse braucht nicht zu bestehen.

Freilich gibt es auch *vollstreckungsunfähige Leistungsurteile*; sie sind aber nicht ihrer Natur nach vollstreckungsunfähig, sondern infolge gesetzlicher Bestimmung Dahin gehören:

a. a. Die *Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, zur Herstellung des ehelichen Lebens* und die Verurteilung zur *Leistung von Diensten* aus einem Dienstvertrage (§ 888 Abs. 2 ZPO.). Das Gesetz sagt zwar nur, daß in diesen Fällen die Vorschriften über die Erzwingung von Handlungen, welche durch Dritte nicht vorgenommen werden können, keine Anwendung finden, daß also die Androhung einer Geldstrafe zwecks Vornahme einer der genannten Handlungen nicht zulässig ist. Man könnte nach dem Wortlaut des Gesetzes meinen, daß dann eine andere Art der Zwangsvollstreckung zu wählen ist. Die Art der Zwangsvollstreckung ist aber von der Zivilprozeßordnung kasuistisch geregelt, je nach der Art des zu verwirklichenden Anspruchs (bei Geldforderungen außerdem

je nach der Art des Gegenstandes, in den vollstreckt werden soll). Diese Regelung hat ausschließende Bedeutung[1]) in dem Sinne, daß für jede Art von Leistung nur eine bestimmte Art der Vollstreckung zulässig ist. Wer eine Geldforderung beizutreiben oder eine Sache herauszuverlangen hat, kann, obwohl beides im Grunde Handlungen sind, nicht etwa den Weg der §§ 887, 888 ZPO. zur Vollstreckung wählen. Wenn § 888 anordnet, daß „diese Bestimmung, d. h, die Vollstreckung durch Strafandrohung auf die genannten Urteile keine Anwendung findet, so ist damit die Vollstreckungsunfähigkeit ausgesprochen. Eine andere Art der Vollstreckung ist im vorliegenden Falle übrigens auch rein tatsächlich ausgeschlossen.

Nebenbei bemerkt ist eine Verurteilung zur Eingehung einer Ehe kaum mehr denkbar. Die Klage auf Eingehung einer Ehe ist nach § 1297 BGB. ausgeschlossen. Nach der Begründung[2]) soll die Bestimmung für ausländische Urteile in Betracht kommen. Diese würden aber nach § 723 ZPO. ein Vollstreckungsurteil voraussetzen und dieses könnte als dem Zwecke des § 1297 BGB. wiedersprechend nicht ergehen (§ 723 Abs. 2, 328 Z. 4 ZPO.).

b b) Nicht vollstreckbar sind ferner diejenigen Urteile, die zu einer Handlung verurteilen, welche nicht von einem Dritten vorgenommen werden kann und auch nicht ausschließlich auf dem Willen des Schuldners beruht. Für diesen Fall ist keine Bestimmung getroffen; es bleibt daher dem Gläubiger nu die Möglichkeit, das Interesse zu verlangen und dazu bedarf es der besonderen Klage.

---

[1]) Vgl. z. B. § 887 Abs. 3 ZPO.
[2]) Freudenthal S. 807 N. 11. Hahn Nov. S. 168.

Dagegen fehlt die Vollstreckungsfähigkeit nicht, wenn ein Urteil auf Herausgabe einer Sache ergangen ist und die betreffende Sache nicht beim Schuldner oder überhaupt nicht vorhanden ist[1]). Denn der Schuldner muß sich doch der Durchsuchung unterwerfen (§ 758 ZPO.); das ist aber bereits Zwangsvollstreckung.

Ebensowenig liegt Vollstreckungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner keine zur Pfändung dienlichen Vermögensstücke besitzt[2]). In beiden Fällen wird durch die angegebenen Mängel das Bestehen des Vollstreckungsanspruchs nicht berührt.

c c) Der Vollstreckungsfähigkeit ermangeln endlich die Urteile auf Abgabe einer Willenserklärung.

Ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung verpflichtet, so ist er zweifellos zu einer Leistung verpflichtet, genauer zu einer anderen Handlung als einer Geldleistung: Der Gegner hat das Recht, vom Schuldner die Abgabe einer Willenserklärung, also ein Tun zu verlangen, er hat einen Anspruch (§ 197 BGB.). Die Urteile sind also richtiger Ansicht nach Leistungsurteile[3]). Das gilt auch dann, wenn die Willenserklärung unmittelbar eine Rechtsänderung bewirken würde, wenn also das Urteil zu einer Verfügung im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuchs verurteilt (Zession, Erlaß, Auflassung nach geschehener Eintragung oder Einigung, nachdem die Uebergabe bereits erfolgt ist). Als Leistungsurteil wäre das Urteil auf Abgabe einer Willens-

[1]) A. A. anscheinend Schmidt S. 925 IV.

[2]) A. A. Schmidt S. 925. Der Schuldner kann doch später zu Vermögen gelangen.

[3]) So beſ. Kisch S. 36 mit ausführlicher Begründung. Hellwig Anspr. S. 445 fg. A. A. beſ. Seuffert S. 345. Als Uebergangsgebilde zwischen Leistungs- und Gestaltungsurteilen sieht sie Schmidt an S. 701.

erklärung an sich vollstreckungsfähig (es käme § 888 ZPO. in Betracht). § 894 Abs. 2 bestimmt aber, daß die Willenserklärung als abgegeben gilt, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, bezw. falls die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängt, sobald eine vollstreckbare Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils erteilt ist. Der Grund hierfür ist, daß der Zwang zur Abgabe der Willenserklärung unnötige Weitläufigkeit verursachen würde. „Deshalb sind jene Urteile der Zwangsvollstreckung vollständig entzogen" [1]). Es findet also keine Zwangsvollstreckungshandlung statt; diese soll vielmehr durch § 894 entbehrlich gemacht werden. Es fehlt daher der Anspruch auf Vollstreckungsschutz; er würde hier mit seiner Entstehung (dem rechtskräftigen Urteil) befriedigt sein, was ein Unding ist.

Daß es unmöglich ist, die bezeichneten Urteile zu Gestaltungsurteilen zu stempeln, ergibt sich auch aus dem Fall der von einer Gegenleistung abhängigen Willenserklärung. Da die Rechtsänderung nach § 894 hier erst mit Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eintritt, so müßte diese rückwirkend das Urteil zu einem Gestaltungsurteil machen. Wenn aber die vollstreckbare Ausfertigung nicht verlangt und nicht erteilt wird! Was ist dann das Urteil? Gar nichts? Die materielle Rechtskraft, die das Urteil doch zweifellos hat, wäre dann inhaltslos.

Wenn die behandelten Urteile auch nicht vollstreckungsfähig im engeren Sinn sind, so handelt es sich doch um Vollstreckung im weiteren Sinne. Dadurch daß das Gesetz die Abgabe der Willenserklärung mit der Rechtskraft als abgegeben gelten läßt, führt es den Zustand, der dem Anspruch auf Abgabe der Erklärung entspricht unmittelbar

[1]) Begr. Hahn S. 466, 467, Gmelin S. 442. Sonst wäre also Zwangsvollstreckung möglich.

herbei. Dieser Fall der Vollstreckung im weiteren Sinne liegt freilich etwas anders als bei den Gestaltungsurteilen, denn bei diesen ist die Rechtsänderung der Zweck des Urteils, dort dagegen ist sie nicht bestimmungsgemäß in dem Urteile begründet[1]).

Ein Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung ist m. E. auch das Urteil, welches nach § 1612 BGB. dem Unterhaltungspflichtigen gestattet, in anderer Art als in Geld zu leisten[2]). Das Gesetz sagt: Der Verpflichtete „kann verlangen", daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet wird, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. Die besonderen Umstände bewirken also nicht, daß der Verpflichtete in anderer Art leisten kann, sondern er „kann verlangen, daß dies ihm gestattet wird." Nach dem Sprachgebrauch des bürgerlichen Gesetzbuchs bedeutet dies, daß er einen Anspruch auf Gestattung hat.

Diese umständliche Regelung ist m. E. durchaus zweckmäßig denn aus „den besonderen Umständen" ergibt sich meist nicht unmittelbar die objektive Art der Leistung sondern nur die Tatsache, daß andere Leistung als Geldleistung zweckmäßig ist; für die Art der Leistung selber bedarf es noch der Besprechung unter den Parteien. Das Recht des Verpflichteten geht also m. E. auf Abschluß eines Vertrags über die Art der Unterhaltungsleistung.

Wenn dem so ist, so ist aber die Klage, welche der Verpflichtete nach § 1612 anstrengt, nichts anders als eine Klage auf Abgabe einer Willenserklärung. Diese gilt mit der Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Die Gestattung

---

[1]) Kisch S. 38.

[2]) Kisch sieht es als besondere Art von Urteil an. Nach Seuffert ist die Verpflichtung auch § 1612 eine faculta alternativa. Das letztere läßt sich aus dem Gesetz schwerlich ableiten.

geht nicht vom Prozeßgericht aus, wie etwa die Aenderung der von den Eltern getroffenen Bestimmungen durch das Vormundschaftsgericht nach § 1612 Abs. 2 S. 2, sondern das Gericht hat nur über den Inhalt der Gestattungspflicht zu entscheiden.

d) Beginn, Ende und Wirkungen der Zwangsvollstreckung.

a) Die Vollstreckung hat erst begonnen mit derjenigen Handlung der Vollstreckungsorgane, die unmittelbar auf den zu erreichenden Vollstreckungszweck gerichtet ist. Nicht zur Vollstreckung gehört der Antrag des Gläubigers; der Antrag setzt lediglich die Vollstreckungsbehörden in Tätigkeit und begrenzt den Umfang der Zwangsvollstreckung [1]). Die Vollstreckung beginnt demgemäß bei Vollstreckung in bewegliche Sachen mit der Pfändungshandlung des Gerichtsvollziehers, bei Vollstreckung in Grundstücke mit dem Beschluß des Gerichts, welcher die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung, oder die Eintragung der Hypothek anordnet, bei Vollstreckung in Forderungen oder sonstige Vermögensrechte mit Erlaß des Pfändungsbeschlusses, bei Zwangsvollstreckung zwecks Erwirkung der Herausgabe von Sachen mit denjenigen Maßnahmen, die auf Erlangung der Sachen abzielen, also schon mit der Durchsuchung. Handelt es sich endlich um die Fälle, in denen die Zwangsvollstreckung durch indirekten Zwang erfolgt, so beginnt sie mit den Maßregeln, welche die Beeinflussung des Willens des Schuldners bezwecken, also insbesondere im Falle des § 888 mit der Strafandrohung. Diese darf also, da der Beginn der Zwangsvollstreckung einen voll-

[1]) Planck II S. 606. Insofern kann man sagen, daß die Verhandlungsmaxime auch im Vollstreckungsverfahren gilt. (Planck a. a. O.) In der Regel aber sind die Normen über die Zwangsvollstreckung zwingendes Recht.

streckbaren Titel voraussetzt, nicht in dem Urteile enthalten sein, im Gegensatze zu der Strafandrohung nach § 890 ZPO.; wo das Gegenteil im Gesetze bestimmt ist (§ 890 Abs. 2).

b. Beendet ist die Zwangsvollstreckung naturgemäß erst dann, wenn derjenige Erfolg erreicht ist, der das unmittelbare Ziel der Zwangsvollstreckung war.

Hiervon ist zu unterscheiden die Beendigung der einzelnen Vollstreckungshandlungen aus denen sich die Zwangsvollstreckung zusammensetzen kann, z. B. bei Pfändung und Ueberweisung.

Beendet ist hiernach die Vollstreckung in der Regel erst mit der Befriedigung des in der Zwangsvollstreckung verfolgten Anspruchs, der insbesondere quantitativ mit dem im Urteil festgestellten Anspruche nicht identisch zu sein braucht, also mit der Ablieferung des gepfändeten Geldes, des Verwertungserlöses oder der herauszugebenden Sache, mit der Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses an den Drittschuldner bei Ueberweisung an Zahlungsstatt, mit der Zahlung seitens des Drittschuldners bei Ueberweisung zur Einziehung, mit der Vornahme der zu erzwingenden Handlung oder endlich mit Erschöpfung der Zwangsmittel.

Abgesehen davon wird die Vollstreckung beendet wenn die Vollstreckungsorgane ihre Tätigkeit auf Weisung des Gläubigers oder auf gerichtliche Anordnung oder sonst gegen seinen Willen in den Fällen des § 775 ZPO. einstellen [1]).

Endlich ist denkbar, daß der Gläubiger auf die durch gewisse Vollstreckungshandlungen geschaffenen Rechte ver-

[1]) Die Einstellung der Tätigkeit ist allerdings unter Umständen nur eine vorläufige (§ 775 Z. 2).

zichtet und so die Beendigung der Vollstreckung herbeiführt, z. B. auf das Pfandrecht, nach § 843 ZPO. auch auf die Rechte aus Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung.

In allen diesen Fällen wird aber durch die Beendigung der Vollstreckung der Bestand des Vollstreckungsanspruchs nicht berührt. Dieser erlischt nicht etwa als „Akzessorium des materiellen Anspruchs" mit dessen Erlöschen, z. B. durch Erfüllung, Erlaß oder Verzicht[1]), sondern erst mit der Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Titels[2]). Das folgt aus der formalen Natur des Vollstreckungsanspruchs; es kann nicht Sache der Vollstreckungsbehörde sein, das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs zu prüfen. Sie hat vielmehr, mag es nun der Gerichtsvollzieher oder das Vollstreckungsgericht sein, auf Verlangen des Gläubigers in Tätigkeit zu treten, auch wenn sie weiße, oder vielmehr der Ueberzeugung ist, daß der materielle Anspruch nicht besteht. Daß die Vollstreckung einzustellen ist, wenn eine Urkunde oder Quittung des Gläubigers oder sogar nur ein Postschein über die Stundung oder Zahlung des Anspruchs vorgelegt wird, beweist nichts, denn gerade in diesen Fällen ist die Einstellung nur vorläufig und die Zwangsvollstreckung ist fortzusetzen, wenn der Gläubiger es verlangt[3]). Es ist Sache des Schuldners, durch Klage nach § 767 ZPO. die Aufhebung der Vollstreckbarkeit[4]) und daraufhin gemäß

---

[1]) So Gmelin S. 36 § 6.

[2]) Hellwig Klgr. S. 19 ob. u. Nr. 6

[3]) Unrichtig Schmidt S. 1016 N. 1.

[4]) Die Klage aus § 767 ist eine Gestaltungsklage, in dem sie die Vollstreckbarkeit und damit den Vollstreckungsanspruch beseitigt. So auch Kisch S. 165 Hellwig Anspr. S. 492. Meist wird die für eine negative Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Anspruchs (Schmidt) oder auf Nichtbestehen des Vollstreckungsrecht gehalten (Seuffert N. 1 zu § 767) Letzteres ist sehr zweifelhaft Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts gegen einen Dritten?)

§ 775 Z. 1, 776 die endgültige Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln zu erlangen.

Ein Verzicht auf das Vollstreckungsrecht selber dürfte kaum zulässig sein; er müßte da das Recht dem Staate gegenüber besteht, diesem gegenüber erklärt werden, da er eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist. Wohl aber ist zulässig ein Verzicht dem Schuldner gegenüber auf die Ausübung des Rechts, d. h. ein Vertrag, von einem Rechte gegen einen Dritten keinen Gebrauch machen zu wollen.

c) Die Wirkungen der einzelnen Zwangsvollstreckungsmaßregeln sind sehr mannigfaltig, je nach der Art der Maßregel. Die wichtigste Wirkung ist die Entstehung eines Pfandrechts für den Gläubiger durch Pfändung einer beweglichen Sache des Schuldners[1]). Ebenso entsteht ein Pfandrecht durch Pfändung einer Geldforderung[2]), obwohl das im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt ist, welches verwirklicht wird durch die Ueberweisung an Zahlungsstatt oder zur Einziehung. Hierfür findet sich auch das entsprechende Seitenstück in § 1282 Abs. 1 S. 3 und § 1282 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die Wirkung der Zwangsvollstreckung im Allgemeinen kann sein für den Gläubiger Befriedigung oder Sicherung (Arrest); für den Schuldner kann entstehen Befreiung von der bestehenden Verbindlichkeit, sei es auch der Verbindlichkeit aus dem unrichtigen Urteil.

Aber auch für Dritte entsteht insofern eine Wirkung als ihnen, wenn sie ebenfalls Gläubiger des Schuldners sind, unter Umständen ein Vermögensstück für ihre Zwangsvollstreckung entzogen wird. Sie sind also möglicherweise

---

[1]) gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen.

[2]) Schmidt S. 952.

durch die Zwangsvollstreckung geschädigt. Auch kann für den Dritten unmittelbarer Eigentumsverlust eintreten, nämlich wenn eine ihm gehörige Sache versteigert und gutgläubig erworben wird (vgl. § 1244 BGB.). Eine Schädigung Dritter kann endlich im Falle des § 805 ZPO. entstehen, wenn die nicht im Besitze des Dritten befindliche, ihm verpfändete Sache wider seinen Willen zur Unzeit versteigert wird (§ 1232 Abs. 2 BGB.).

2. § 6.

Vollstreckung der Urteile prozeßrechtlichen Inhaltes und der Kostenentscheidungen.

a) Wir haben bisher nur Urteile materiell rechtlichen Inhalts betrachtet. Es erhebt sich die Frage, ob auch Urteile prozeßrechtlichen Inhalts vollstreckungsfähig sind, so wie sie der Rechtskraft fähig sind. Diese Frage läßt sich nicht allgemein beantworten; indessen kann man auch hier von der Einteilung in deklarative und konstitutive Urteile ausgehen [1]).

Ein Leistungsurteil prozeßrechtlichen Inhalts ist das Zwischenurteil, welches nach § 135 Abs. 2 ZPO. den Rechtsanwalt zur Rückgabe der Urkunde verurteilt [2]). Zweifellos ist es vollstreckungsfähig (vgl. auch § 794 Z. 3 ZPO).

Nicht vollstreckungsfähig sind dagegen die übrigen Zwischenurteile, insbesondere die Urteile, welche eine prozeßhindernde Einrede verwerfen oder über einen Zwischenstreit entscheiden (§ 303). Bei ihnen handelt es sich immer um Feststellungsurteile.

---

[1]) Die Aufzählung und Systematik schließt sich im Wesentlichen an Kisch S. 162 fg. an. Behandelt werden natürlich nur einige besonders wichtige Urteile.

[2]) Ueber das materielle Recht an der Urkunde wird hier nicht entschieden, sondern nur über die prozessuale Herausgabepflicht.

Ein Feststellungsurteil im engeren Sinne ist auch das Urteil, welches der Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel stattgibt, denn es stellt lediglich die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel fest, d. h. es ersetzt die Anordnung des Vorsitzenden gemäß § 730 ZPO.; die Klausel selbst erteilt der Gerichtsschreiber [1]), was nicht etwa eine Vollstreckung des Urteils darstellt.

Von den konstitutiven Urteilen prozessualen Inhalts ist vollstreckungsfähig das Urteil, welches einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnet. Das Gesetz spricht zwar von „Vollziehung" des Arrestes (§ 982 fg. 936 ZPO). Diese Vollziehung erfolgt aber durch Maßregeln, die auch bei der Vollstreckung materiellrechtlicher Urteile vorkommen. Insofern muß man das Arresturteil als vollstreckungsfähig bezeichnen.

Im Zweifel könnte man sein bei dem Urteile, welches der Vollstreckungsgegenklage nach § 707, 782—784 stattgibt § 775, 776 bestimmt nämlich, daß auf die Vorlage eines solchen Urteils die Vollstreckungsmaßregeln einzustellen bzw. aufzuheben seien. Das könnte man als eine Vollstreckung des Urteils auffassen. Das Urteil nimmt indessen nur dem angegriffenen Urteile die Vollstreckungsfähigkeit. Die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln ist nur eine Reflexwirkung; sie erfolgt auch durch dieselben Zwangsvollstreckungsorgane, welche sie vorgenommen haben, nicht etwa durch die regelmäßigen Organe, die zur Vollstreckung von Urteilen der genannten Art berufen wären. Entsprechendes gilt von dem Urteil auf Widerspruchsklage gemäß § 771—774.

Das Urteil auf Umwandlungsklage nach § 323 ZPO. endlich erfüllt genau genommen zwei Funktionen, indem

[1]) Kisch S. 152 III.

es zunächst an die Stelle des angegriffenen Urteils ein anderes setzt (Gestaltungsurteil), aber doch auch zugleich eine Verurteilung enthält (Leistungsurteil). Nur in letzter Beziehung ist es vollstreckungsfähig, wie alle andern materiell rechtlichen Leistungsurteile.

Aehnlich ist die Sachlage bei dem Urteile, welches zu einem vorhergehenden Urteile die Verurteilung zu einer Sicherheitsleistung hinzufügt. Auch hier ist prozeßrechtliches Gestaltungsurteil mit materiellrechtlichem Leistungsurtei verbunden.

b) In einer Beziehung haben alle Urteile gleichen Charakter, nämlich soweit die Kostenentscheidung in Frage kommt. Die Entscheidung über die Prozeßkosten ist konstitutiver Natur, wenn man annimmt, daß die Verpflichtung zur Erstattung der Kosten erst mit der Auferlegung im Urteile entsteht; sie ist feststellender Natur, wenn man die Erstattungspflicht als mit der kostenverursachenden Handlung entstanden ansieht [1]). Das letzte dürfte auch zutreffend sein. Jedenfalls aber ist die Kostenentscheidung deshalb nicht der Vollstreckung fähig, weil sie nicht den Betrag der Kosten enthält, sondern nur die Grundlage für dessen Festsetzung im Kostenfestsetzungsverfahren bietet (§ 104 ZPO.) der Beschluß der hier ergeht, ist der Vollstreckungstitel (§ 795 Z. 2a).

Hiernach sind auch diejenigen Urteile, welche nur über die Kosten entscheiden, der Vollstreckung nicht fähig [2]). Es wäre andernfalls nicht verständlich, weshalb den Kosten-

---

[1]) So RG. in J. W. 95 S. 504 Nr. 2 Stein I. S. 205 auch OLG. 3 S. 138.

[2]) Unberührt bleibt die Möglichkeit, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Das ist notwendig für die Zulässigkeit des Kostenfestsetzungsverfahren, der einen „vollstreckbaren" Titel voraussetzt.

festsetzungsbeschlüssen selbständige Vollstreckbarkeit beigelegt ist. Die Sachlage ist genau die gleiche, wie wenn eine Vorabentscheidung über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs ergangen ist, nur daß über die Höhe nicht durch Urteil entschieden wird. Die Ausführungen bei Gmelin S. 57, der entgegengesetzter Ansicht ist, beruhen auf der alten Fassung der Zivilprozeßordnung, wonach die Kostenfestsetzung durch den Richter geschah und die Kostenfestsetzungsbeschlüsse in § 794 nicht ausdrücklich als Vollstreckungsteil erwähnt waren. Die Kostenfestsetzung konnte daher als bloße Ergänzung des Urteils angesehen werden, wobei freilich die Frage nach der rechtlichen Bedeutung dieser „Ergänzung" immer noch offen blieb.

3. § 7.

Privatrechtliche Nebenbewirkungen des Urteils[1]).

Wie wir schon oben gesehen haben, hat das prozessuale Urteil, welches auf Vollstreckungsgegenklage die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, die Nebenwirkung auf prozessualem Gebiete, daß die erfolgten Zwangsvollstreckungsmaßregeln aufgehoben werden. Eine derartige Erscheinung zeigt sich auch auf materiell rechtlichem Gebiete, indem das Gesetz dem Urteile Wirkungen gibt, welche nicht in der rechtlichen Natur des Urteils begründet sind, wie die Rechtskraftswirkung, sondern sich nur als Nebenfolgen an sein Bestehen knüpfen. Sie sind rein äußerlich schon von den bestimmungsgemäßen Wirkungen des Urteils dadurch unterschieden, daß sie nicht im Urteile

[1]) Hierüber hat die erste eingehende systematische Darstellung Kuttner geliefert. Die folgende Darstellung schließt sich im Wesentlichen an ihn an. Vgl. auch Kisch S. 34 fg. Hellwig Lehrb. II S. 487 fg. Die Frage soll nur soweit behandelt werden, als es für die vorliegende Arbeit erforderlich ist.

erwähnt werden. Das Urteil ist unmittelbar auf Feststellung oder Rechtsgestaltung gerichtet; die Nebenwirkungen dagegen haben diese Feststellung oder Rechtsgestaltung nur zu einem Tatbestandsmoment, wie es jede andere Tatsache sein könnte [1]).

Die Feststellung kann durch Parteiwillen zum Tatbestandsmoment gemacht werden: Das Urteil ist dann nichts anderes als eine Bedingung oder unter Umständen Befristung [2]). Daher kann die betreffende Vereinbarung sowohl zwischen den Prozeßparteien, als auch zwischen einer Partei und einem Dritten oder gar zwischen dritten Personen getroffen werden.

Häufiger aber ist der Fall, daß das Gesetz selber die Feststellung oder Rechtsänderung zum Tatbestandsmoment einer Nebenwirkung macht. Auch hier ist denkbar, daß die Wirkung entweder unter den Prozeßparteien eintritt oder zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten.

Nebenwirkungen kraft Gesetzes zwischen den Prozeßparteien sind, um einige wichtige Fälle zu nennen: Der Schadensersatzanspruch des von einer Vollstreckung betroffenen Schuldners, wenn das vollstreckbare Urteil (§ 717 Abs. 2 ZPO. 302 Abs. 4 600 Abs. 2 599, 602) oder wenn ein vollzogener Arrestbefehl aufgehoben wird (§ 926, 936 942, 945 ZPO.). In allen diesen Fällen bildet die bloße Tatsache der formalen Aufhebung des früheren Urteils den materiellen Rechtsgrund des Schadensersatzanspruches [3]). In ähnlichen Fällen ist statt des Schadensersatzanspruchs ein Anspruch gegeben, der nach den Vorschriften des

---

[1]) Vgl. z. B. wie in § 775 BGB, außer dem Urteile verschiedenen andern Tatbeständen die gleiche Wirkung beigelegt ist.

[2]) Kisch S. 35

[3]) S. die eingehenden Ausführungen bei Kuttner S. 17 fg.

Bürgerlichen Gesetzbuchs über die ungerechtfertigte Bereicherung behandelt werden soll (bei Aufhebung von Vorbehaltsurteilen nach § 541, 529 ZPO., besonders aber bei Aufhebung eines oberlandesgerichtlichen Urteils: § 717 Abs. 3). In Wirklichkeit ist der Anspruch ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung. Denn da das aufhebende Urteil die Vollstreckbarkeit natürlich mitsamt dem sonstigen Inhalt des Urteils beseitigt, so ist der rechtliche Grund der Vollstreckung — der Vollstreckungsanspruch — nachträglich weggefallen (§ 812 Abs. 1 S. 2 BGB.). Es hätte der Hervorhebung des Herausgabeanspruchs daher nur im Falle des § 717 Abs. 3 ZPO. bedurft, da es sich hier um eine Ausnahmebestimmung handelt. [1]).

Weitere Fälle sind die Unterhaltungsansprüche zwischen Ehegatten, deren Ehe geschieden oder für nichtig erklärt ist (§ 1578 fg. 1345 BGB.). Eine Nebenwirkung sind auch die aus der Aenderung eines Güterstandes durch Urteil entspringenden Ansprüche, insbesondere Herausgabeansprüche, wenn sie auch vor den Ansprüchen, die aus einer vertragsmäßigen Aenderung des Güterstandes entstehen, wenig voraus haben.

Eine Nebenwirkung ist dagegen nicht die Wirkung des Urteils, welches die Ehe für nichtig erklärt, auf die Geltendmachung der Nichtigkeit und der aus derselben entspringenden Ansprüche, denn diese Wirkung ist dem Urteil wesentlich.

[1]) Hierdurch wird bestätigt, daß nicht der Vollstreckungsanspruch mit Befriedigung des materiellen Anspruchs, also der Beendigung der Vollstreckung erlischt. Denn das durch die Vollstreckung Erlangte dürfte nur so lange behalten werden, als der rechtliche Grund der Vollstreckung — eben der Vollstreckungsanspruch — bestehen bleibt. Erlischt er umgekehrt, so müßte das Vollstreckungsergebnis herausgegeben werden S. oben S. 48.

Ein Beispiel für eine Nebenwirkung zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten ist bei der Verbürgung im Auftrag der Anspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Befreiung von der Bürgschaft, wenn der Gläubiger gegen ihn ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat (§ 775 Z. 4 BGB).

In anderen Fällen läßt das Urteil nicht unmittelbar Ansprüche entstehen, sondern gibt nur die rechtliche Befugnis, durch gewisse Handlungen eine Rechtsänderung herbeizuführen, z. B. das Recht des Ehemannes der schuldhaft geschiedenen Frau seinen Namen zu entziehen oder das Recht der Frau ihren Familiennamen wieder anzunehmen.

Eine Nebenwirkung des Urteils ist vielfach das Erlöschen bestehender Rechte, z. B. das Erlöschen des Anspruchs aus verbotener Eigenmacht durch Feststellung des Rechts (§ 864 Abs. 2 BGB.), des Eigentums an der Fundsache infolge Feststellung des Betrages der Finderansprüche, wenn auch im letzteren Falle das Urteil nicht das einzige Tatbestandsmoment, sondern nach Ablauf einer zu setzenden Frist erforderlich ist. (§ 974, 1003 BGB). Eine wichtige Nebenwirkung ist das Erlöschen des Rechts der Sorge für die Person infolge des Scheidungsurteils (§ 1635 BGB). Keine Nebenwirkung dagegen ist das Erlöschen der Unterhaltungsansprüche der Ehegatten untereinander infolge von Scheidung, denn diese Unterhaltsansprüche gehören zum Inhalte des aufgelösten ehelichen Rechtsverhältnisses. Die Lage ist die gleiche, wie wenn eine Gesellschaft gerichtlich aufgelöst wird (§ 133 BGB) und infolgedessen die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte erlöschen.

Die Nebenwirkungen entstehen in den meisten Fällen mit der formellen Rechtskraft des Urteils. Nur selten ist

die Nebenwirkung an einem anderen Zeitpunkt geknüpft z. B. an die Verkündung (§ 717 ZPO.) oder an die Vollstreckbarkeit (§ 775 BGB.). Aber in diesen Fällen erlischt die Wirkung mit der Aufhebung des Urteils im Instanzenzug. Sie ist also immerhin insofern eine Wirkung des rechtskräftigen Urteils, als sie mit der Rechtskraft endgültig wird. Die Möglichkeit der Wiederaufhebung im Wiederaufnahmeverfahren muß dabei außer Betracht bleiben; denn sie besteht in gleicher Weise bei allen Wirkungen des Urteils.

Zweiter Teil.

§ 8.

Vorbemerkung, Fälle und Fragestellung.

Wir gelangen nunmehr zur Behandlung der Frage, ob die dargelegten drei Wirkungen des rechtskräftigen Urteils durch eine Klage aus unerlaubter Handlung beseitigt werden können, wenn das Urteil arglistig erschlichen ist. Wie wir sehen werden, ist diese Frage teilweise identisch mit der Frage, ob die arglistige Erschleichung des Urteils einen unmittelbaren Einfluß auf den Bestand der Urteilswirkungen hat. Es ist zweckmäßig, zunächst diejenigen Entscheidungen des Reichsgerichts, welche auf die vorliegende Frage Bezug haben, kurz wiederzugeben. Denn einerseits läßt sich dadurch eine klare Vorstellung der maßgebenden Gesichtspunkte gewinnen, andererseits wird im Laufe der Darstellung häufig auf die eine oder andere Entscheidung zurückgegriffen werden müssen. Die Entscheidungen haben die hier zu behandelnde Streitfrage zudem überhaupt erst veranlaßt und stehen jetzt noch im Mittelpunkt der Erörterungen.

A. 1) R. G. 1. S. 94 fg. Urt. v. 12. 12. 79. Der Beklagte war verurteilt für den Fall, daß der Kläger

einen Eid leistet. Der Kläger spiegelte nun dem Beklagten vor, daß er den Eid geleistet hätte, worauf der Beklagte zahlte. In zweiter Instanz wurde die Sache durch unbedingtes Endurteil für erledigt erklärt. Der Beklagte forderte die bezahlte Summe durch Klage zurück. Das Reichsgericht wies den Gesichtspunkt der condictio indebiti als mit der Rechtskraft nicht vereinbar zurück, gab dagegen der Klage aus dem Gesichtspunkte der actio doli statt mit der Begründung, daß die Betrugsklage, die durch den Betrug hervorgerufene Veränderung wieder aufhebe; denn der Betrüger müsse zweifellos jeden Nachteil, welcher Art er auch sei, ausgleichen.

2) RG. 39 S. 142 Urt. v. 6. 10. 1897. Der Kläger hatte den Beklagten durch Betrug und Drohungen von der Erhebung des Einwandes des Wuchers abgehalten und so ein rechtskräftiges Urteil erlangt. Die nach Ablauf der Frist für die Restitutionsklage angestrengte Klage auf Rückerstattung der gezahlten Summe und Auslieferung des Titels drang durch: Der Einwand des Wuchers in Bezug auf das streitige Rechtsgeschäft könne zwar nicht mehr geltend gemacht werden wegen der Rechtskraft; aber durch die Abhaltung von der Erhebung des Einwandes unter Ausbeutung der Notlage des Klägers (damaligen Beklagten) habe der Beklagte sich eines neuen Wuchers schuldig gemacht. Der hierdurch erlangte Vorteil sei herauszugeben, denn auch zivilprozessualische Handlungen könnten das Mittel zur Ausbeutung der Notlage sein.

3) RG. 46 S. 75 Urt. v. 26. 4. 1900. Ein durch Meineid des Klägers erlangtes Urteil war nach Rechtskraft von den den Sachverhalt kennenden Rechtsnachfolgern des Klägers vollstreckt worden. Die Frist zur Erhebung der Restitutionsklage war abgelaufen. Die Klage auf Rückzahlung des Vollstreckungserlöses war erfolgreich. Die

ungerechtfertigte Bereicherung könne wegen der Rechtskraft nicht geltend gemacht werden. Die Rechtskraft vermöge aber nicht den fundamentalen Rechtssatz außer Kraft zu setzen, wonach die vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtete. Es sei mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar, wenn der Betrüger oder dessen Mitschuldiger das, was er mittels eines auf verbrecherischem Wege erlangten Urteils sich verschafft habe, unter dem Schutze der Rechtskraft behalten dürfe. Die Vorschriften über die Wiederaufnahme ständen nicht entgegen, denn sie regelten nur die Anfechtung rechtskräftiger Urteile auf prozessualem Gebiete. Hier handle es sich aber nicht um eine Anfechtung des rechtskräftigen Urteils, sondern um eine Ausgleichung des durch diesen Bestand und die formelle Rechtskraft herbeigeführten Schadens.

4) RG. 61 S. 359 (— J. W. 05 S. 1109 Nr. 23) Urt. v. 14. 10. 1905. Der Kläger hat aus einem wucherischen Geschäfte geklagt und öffentliche Zustellung der Klage und des Versäumnisurteils erwirkt, obwohl ihm der Aufenthaltsort des Beklagten im Ausland bekannt war. Der Beklagte erhob, als gegen ihn nach seiner Rückkehr vollstreckt wurde, Klage auf Feststellung, daß dem damaligen Kläger keine Rechte aus dem Urteile zuständen und erwirkte eine einstweilige Verfügung, daß dem Kläger untersagt wurde, das Urteil geltend zu machen. Die einstweilige Verfügung wurde vom Reichsgericht bestätigt aus folgenden Gründen: In dem Verhalten des Beklagten liege nicht eine neue wucherische Ausbeutung, wohl aber ein arglistiger Verstoß gegen die guten Sitten, welcher eine Klage aus § 826 BGB. begründe. Die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig herbeigeführt sei zu dem Zwecke, dem was nicht Recht sei, den Stempel des Rechts zu geben.

5. RG. 67 S. 152 (= J. W. 08 S. 38 Nr. 13) Urt. v. 2. 12. 1907. Die exceptio plurium war infolge eidlicher Aussage der Mutter des Klägers zurückgewiesen und die Alimentenklage zugesprochen worden. Die Mutter war später wegen Falscheides rechtskräftig verurteilt, die Restitutionsfrist aber vom Beklagten versäumt worden. Die Klage auf Verbot der ferneren Geltendmachung wurde abgewiesen unter Billigung des Reichsgerichts. Eine Schadenszufügung liege nicht vor, denn dadurch, daß jemand angehalten werde, eine ihm aus einem rechtskräftigen Urteile obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, werde ihm kein Schaden zugefügt.

6) Bd. 69 S. 277 (— J. W. 08 S. 716 J. Z. 09 S. 82) Urt. v. 17. 10. 1908. Die Beklagte hatte sich im Zwangsversteigerungsverfahren ein Grundstück zuschlagen lassen, obwohl sie wußte, daß eine Hypothek der Klägerin zu Unrecht nicht in das geringste Gebot aufgenommen war. Nach Rechtskraft des Zuschlagbeschlusses klagte die Klägerin mit Erfolg auf Bewilligung der Wiedereintragung der Hypothek. Das Reichsgericht führt aus, das Verhalten der Beklagten verstoße gegen die guten Sitten und begründe die Anwendung des § 826 BGB. Die Rechtskraft des Beschlusses stehe nicht entgegen, denn es sei in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt, daß auch der durch Erwirkung formell rechtskräftiger Urteile verursachte Schaden beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 826 zu ersetzen sei. Das etwaige Mitverschulden der Klägerin durch Nichtbenutzung der Rechtsmittel komme gegenüber der Arglist nicht in Betracht.

7) J. W. 1910 S. 709 Z. 14 Urt. v. 26. 5. 1910. Beantragt war die Herausgabe eines erschlichenen Anerkenntnisurteils und Feststellung der Unzulässigkeit der

Zwangsvollstreckung. Das Reichsgericht spricht aus, daß die Ausbeutung der Rechtskraftswirkung, wenn sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorgenommen werde, unter Umständen eine unerlaubte Handlung nach § 826 BGB. darstelle.

8) Rg. 75 S. 213 Urt. v. 9. 2. 1911. Ein Ehescheidungsurteil war arglistig erschlichen. (Der Tatbestand ist nicht klar ersichtlich). Der für schuldig erklärte Ehegatte klagte auf Zahlung einer Geldrente. Die Klage drang durch: Der Grundsatz des § 826 bedeutet im vorliegenden Falle, daß der Beklagte der Klägerin Schadensersatz dafür zu leisten habe, daß sie infolge des erschlichenen rechtskräftigen Urteils den ihr als Ehefrau nach § 1360 BGB. zustehenden Unterhaltungsanspruch eingebüßt habe. Dadurch werde das Urteil als solches nicht angetastet, sondern bleibe mit allen seinen Wirkungen bestehen, insbesondere bleibe die Ehe geschieden und es erhalte nicht die Klägerin einen Unterhaltungsanspruch nach § 1578 fg. Es beständen keine Bedenken, die Grundsätze über die Klage aus unerlaubter Handlung gegen rechtskräftige Urteile auch auf konstitutive Urteile anzuwenden, nur hätten nicht alle Sätze, die für Leistungsurteile aufgestellt seien, auch hier Geltung; insbesondere nicht der Satz, daß die Rechtskraft zessieren müsse. Aus der Natur des Scheidungsurteils ergebe sich, daß es eine Rechtsänderung herbeiführe und gerade darin liege die Schadenszufügung. Das Scheidungsurteil sei daher hinsichtlich seiner Richtigkeit nachzuprüfen; denn die Rechtskraft bedeutet nicht eine derartige Bindung des Gerichts, daß eine anderweite Beurteilung ausgeschlossen sei.

9) J. W. 12 S. 37 Nr. 26 (— Warn. E. Bd. 1912 A. 27 ff) Urt. v. 30. 10. 1911. Die Ehefrau, die arglistig im Scheidungsprozeß die Schuldigsprechung des Mannes

erwirkt hatte, wurde mit der Unterhaltungsklage nach § 1578 abgewiesen. Das Reichsgericht führt aus, derjenige, welcher ein Urteil erschleiche, und ausnutze, mache sich einer unerlaubten Handlung schuldig. Das Urteil bleibe aber bestehen und werde nur in seinen Wirkungen abgeschwächt, insbesondere hinsichtlich der vermögensrechtlichen Folgen.

10) RG. 78 S. 38 fg. Urt. v. 29. 2. 1912. In einem Vorprozesse war eine Klage auf Bewilligung der Löschung eines Nießbrauchs — das Kausalgeschäft war angefochten — rechtskräftig abgewiesen worden. Durch neue Klage wurde die Löschung abermals verlangt und auch mittels erschlichenen Versäumnisurteils durchgesetzt. Nunmehr begehrte die Beklagte Feststellung, daß der Kläger nicht berechtigt sei, aus dem Urteil zu vollstrecken und Verurteilung, die Wiedereintragung des Nießbrauchs zu bewilligen. Die Klage hatte Erfolg: Eine Schadensersatzklage könne auch auf Beseitigung der Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils erhoben werden, wenn dieses zum Schaden des Gegners erschlichen sei. Die Wirkung der Rechtskraft müsse da aufhören, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt sei, einem Unrecht den Schein des Rechts zu verleihen. Der Bestand des Urteils an sich werde nicht in Frage gestellt, sondern nur eine Ausgleichung des durch die unerlaubte Handlung verursachten, in den Wirkungen des Urteils sich äußernden Schadens erstrebt. Dem Anspruche des zweiten Prozesses habe die Rechtskraft des ersten entgegengestanden. Für die Frage, ob der Klägerin ein Schaden entstanden sei, sei daher nicht zu prüfen, ob der Beklagte sachlich im Rechte sei. Es sei nur das durch das erste Urteil geschaffene Recht wieder herzustellen.

Allen mitgeteilten Fällen ist gemeinsam, daß das erschlichene Urteil der materiellen Rechtslage nicht entsprach und ferner, daß es stets auf Verurteilung lautete (mit

Ausnahme des Falls unter Nr. 9 der seine Besonderheit hat). Meist handelt es sich um erschlichene Leistungsurteile, zweimal um Gestaltungsurteile, niemals dagegen um ein Feststellungsurteil. Geklagt war entweder auf Rückzahlung des freiwillig Geleisteten oder durch die Vollstreckung Erlangte oder auf sonstige Rückgängigmachung des durch das Urteil erreichten Erfolges oder endlich auf Feststellung der Unzulässigkeit der Vollstreckung. Die Klage wurde stets aus dem Gesichtspunkt des § 826 BGB. geprüft, mit Ausnahme des Falles unter Nr. 3, wo das ALR. in Frage kommt.

Die zwei Grundfragen aber, die in allen Fällen beantwortet werden müßten, waren die, ob ein Fall vorlag, in dem die Einrede der Rechtskraft überhaupt geltend gemacht werden konnte, und wenn ja, ob sie mit Erfolg geltend gemacht werden konnte. Und es ist auch in der Tat, wie wir noch näher sehen werden, der springende Punkt: Wir können in denjenigen Fällen, in denen sich die Wirkung des Urteils nicht in der Rechtskraftswirkung erschöpft (nämlich bei anderen als Feststellungsurteilen), nicht die Beseitigung der Rechtskraftswirkung gänzlich gesondert behandeln, sondern, wenn wir die Möglichkeit der Beseitigung der Vollstreckungswirkung im engeren und weiteren Sinn untersuchen, kommen wir, wie immer, zuletzt auf die Frage, ob die Rechtskraft der Beseitigung überhaupt entgegensteht und ob ihre Wirkung durch die arglistige Herbeiführung des Urteils unmittelbar beeinflußt wird d. h. ob die rechtskraftmäßig bindende Feststellung oder Rechtsgestaltung für den Mangel am Urteil zu einer nicht bindenden wird. Mit anderen Worten: Die Unrichtigkeit eines Urteils darf sonst in einem zweiten Prozesse zwischen Personen, auf die sich die Rechtskraft erstreckt, nicht mit Erfolg geltend gemacht werden. Ist die Geltendmachung

aber möglich, wenn das Urteil mit Arglist erwirklicht ist? Es ist also hier wenigstens m. E. nicht ohne Weiteres „klar, daß das ganze Institut der Rechtskraft negiert wird",[1]) sondern negiert wird hier nur die Rechtskraft eines arglistig erwirkten Urteils.

B.

Beseitigung der Urteilswirkungen.

I.

Beseitigung der Vollstreckungswirkung.

1. § 9.

Vollstreckung im engeren Sinne.

Aus praktischen Gründen wenden wir uns zunächst der Beseitigung der Vollstreckungswirkung zu. Denn, wie die angegebenen Fälle anzeigen, kommt diese Wirkung in der Praxis am häufigsten zur Bedeutung. Außerdem wird so eine übersichtliche Anordnung des Stoffes und eine allseitige Behandlung der streitigen Frage ermöglicht.

Unter den Vollstreckungswirkungen behandeln wir wiederum zunächst die Vollstreckung im engeren Sinn, also die Beseitigung der Wirkung von Leistungsurteilen. Hierbei ist, wie zunächst bemerkt werden muß, unter Beseitigung die Wiederherstellung des früheren Zustandes, zu verstehen. Denn der Schadensersatz, der mittelst der Klage aus unerlaubter Handlung verlangt werden kann, besteht in der

[1]) Pagenstecher S. 405. Klar ist es dagegen bei dem im RGStr. S. 34 fg aufgestellten, von P. auch nur bekämpften Satze, daß derjenige schadensersatzpflichtig ist, der wissentlich ein unrichtiges Urteil vollstreckt. Diesen Satz hat das Reichsgericht in Zivilsachen nie aufgenommen.

Wiederherstellung des Zustandes der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtete Umstand nicht eingetreten wäre (§ 249 BGB).

a) Ist ein Leistungsurteil, das auf eine bestimmte Summe geht, vollstreckt, so ist die Hauptwirkung im Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, wie wir schon oben gesehen haben, die, daß der Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt ist und infolgedessen sein urteilsmäßiger Anspruch ganz oder zum Teil erloschen ist. Die Wirkung der einzelnen Vollstreckungshandlungen ist, wie ebenfalls schon bemerkt, je nach ihrer Art verschieden. Demgemäß kann das Verlangen nach Beseitigung der Vollstreckungswirkungen einen verschiedenen Inhalt haben. Es kann sich richten auf Rückgewähr des durch die Vollstreckung dem Schuldner Entzogenen (der häufigste Fall), oder auch Verzicht auf das entstandene Pfändungspfandrecht, Verzicht auf die durch Pfändung und Ueberweisung erlangten Rechte. Handelt es sich um eine Verurteilung zur Vornahme einer Handlung und hat der Gläubiger gemäß § 887 ZPO. die Ermächtigung erlangt, die betreffende Handlung an Stelle des Schuldners vornehmen lassen, so kann diese Befugnis nur beseitigt werden, durch ein Verbot, die Handlung vornehmen zu lassen. Und hier zeigt sich schon deutlich das Bedenkliche der Zulassung einer Schadenersatzklage, die zwei sich nicht aufhebende, sondern sich widersprechende, formell nicht zusammenhängende Staatsakte zur Folge hat. Ist eine Strafandrohung nach § 888, 890 ZPO. erfolgt, so wird ein Verbot an den Gläubiger ergehen müssen, die Strafe vollstrecken zu lassen und die Vollstreckung dieses Verbots erfolgt natürlich wieder durch Androhung einer Geldstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung (§ 890). Also auch hier ein unerfreuliches Ergebnis. In gewissen Fällen ist eine reale Wiederher-

stellung des früheren Zustandes nicht möglich; so unter Umständen, wenn eine Handlung bereits vorgenommen, etwa der bürgerlich rechtliche Offenbarungseid geleistet ist; hier ist Beseitigung der Urteilswirkung nur in Geld möglich.

d) Es ist nun zunächst zu fragen, ob eine derartige Beseitigung der Vollstreckungswirkung durch Klagen aus unerlaubter Handlung überhaupt erfolgen kann, d. h. ob die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über unerlaubte Handlungen nach ihrem Tatbestand an sich, ohne Rücksicht auf die Rechtskraft anwendbar sind.

Diese Frage wird mehrfach in der Literatur vereint [1]).

In Betracht kommen lediglich die §§ 823 und 826 BGB. in den oben mitgeteilten Reichsgerichtsentscheiden ist sogar nur § 826 angewandt.

Verfehlt ist der Versuch, die Unanwendbarkeit der § 823 fg. daraus herzuleiten, daß man sagt: die Parteihandlungen im Prozeß seien keine Rechtsgeschäfte, sondern Prozeßhandlungen und unterständen eigenen, im Prozeßrecht enthaltenen Regeln, welche die Anwendbarkeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschlössen. Ließe man die Anwendbarkeit des bürgerlichen Rechts zu, so müßte man auch die Anfechtung von Prozeßhandlungen nach bürgerlichem Recht zulassen [2]).

Es ist allerdings kaum mehr bestritten, das die Prozeßhandlungen keine Privatrechtsgeschäfte sind und daher der Anfechtung nach bürgerlichem Recht nicht unterliegen. Hier handelt es sich aber nicht um Rechtsgeschäfte. Die Mittel, durch die eine unerlaubte rechtswidrige Schädigung verübt werden kann, sind auch nur Handlungen

[1]) Kleinfeller Z. f. Rpfl. in Bay. 66 S. 2 fg. Hamburger S. 104 Jellinek S. 195.

[2]) So Hamburger S. 105 Nr. 3.

(„unerlaubte Handlungen"). Es ist also von vornherein anzunehmen, daß auch Prozeßhandlungen eine Schadensersatzpflicht begründen könne. Weshalb sollten gerade sie ein erlaubtes Mittel zur Schädigung bilden? Wo käme man hin, wenn im Prozesse jede Partei die andere nach Belieben schädigen könnte? Das wäre in der Tat „Ausartung des prozessualen Kampfes zur Unsittlichkeit.[1]).

Abzulehnen ist auch die Ansicht, daß § 717 ZPO. einen Anhalt dafür gebe, daß die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über die Schadensersatzpflicht auf Prozeßhandlungen unanwendbar seien[2]). In § 717 soll die Zivilprozeßordnung selbst Bestimmung getroffen haben, wann und inwieweit die Vornahme von Prozeßhandlungen zum Schadensersatz verpflichte. Wir haben oben gesehen, daß der materielle Schadensersatzanspruch des § 717 eine zivilrechtliche Nebenwirkung des Urteils ist, ebenso wie der Schadensersatzanspruch nach § 302, 600, 945 ZPO. Der Anspruch setzt insbesondere kein Verschulden voraus und erlischt mit der Wiederaufhebung des ihn erzeugenden Urteils. Ueberdies erwächst er nur aus Vollstreckungshandlungen, die ja nur im weiteren Sinne zum Prozesse gehören. Bei dieser Eigenart des Anspruchs läßt sich nicht einsehen, warum nicht auch andere — schuldenhafte — Prozeßhandlungen einen Schadensersatzanspruch gewähren sollten. Wenn die Zivilprozeßordnung, wie behauptet wird ausschließend über die prozessualen Tatbestände bestimmt, welche einen Schadensersatzanspruch gewähren, so muß umgekehrt gefolgert werden, daß ein Schadensersatzanspruch nicht besteht, wenn die Zivilprozeßordnung nicht bestimmt. Wenn also der Richter eine schädigende Handlung vornimmt, so ist kein Schadensersatz-

[1]) Schneider Treu und Glauben im Zivilprozeß S. 2 unten.
[2]) Hamburger S. 105 Nr. 4.

anspruch gegeben, denn die Zivilprozeßordnung schweigt. Und doch beweist das Gegenteil § 839 BGB., der nicht etwa eine Ausnahme von der Regel der Nichthaftung der Beamten macht, sondern nur die allgemeine Haftung der Beamten nach § 823 fg. für den Fall der Verletzung der Amtspflicht insbesondere bei Urteilsfällung in bestimmter Weise begrenzt[1]).

Der Versuch, die Anwendbarkeit der § 823 fg. an sich zu wiederlegen, schließt auch weit über das Ziel einer Bekämpfung der Ansicht des Reichsgerichts über die Wirkung oder Wirkungslosigkeit der Rechtskraft hinaus. Denn sind sie überhaupt nicht anwendbar, so sind sie auch dann nicht anwendbar, wenn Personen als geschädigte in Betracht kommen, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt[2]).

Diese beiden Gründe können also nicht gegen die Anwendbarkeit der §§ 823 fg. angeführt werden.

Aus der Erörterung muß aber zunächst ausscheiden § 823 Abs. 1. Die Vollstreckung kann zwar eine Verletzung der daselbst genannten Rechte, besonders des Eigentums, zur Folge haben. Daß sie nicht unmittelbar durch den Gläubiger vorgenommen ist, verschlägt nichts, denn wenn er den Auftrag zur Zwangsvollstreckung erteilt, so nimmt er doch mindestens die vorausgesehene Rechtsverletzung mit in Kauf, es liegt also eventueller Vorsatz vor. Aber die Handlung nach § 823 muß an sich objektiv widerrechtlich sein. Daß sie aber das nicht ist, ist hier zweifellos. Denn das rechtskräftige Urteil gibt dem Gläubiger das Vollstreckungsrecht. Wenn er in Ausübung dieses Rechts, dessen Bestehen ja von der Unrichtigkeit des Urteils, nicht

[1]) Vgl. Oertmann S. 11226. Die Haftung der Beamten war übrigens auch vor dem Bürgerlichen Gesetzbuch nach G. R. und A. L. R. gegeben Oertmann S. 1119.

[2]) S. unten § 10 Anhang.

beeinflußt wird, handelt, so ist die Handlung nicht objektiv widerrechtlich. § 823 Abs. 1 versagt auch in den häufigen Fällen, in denen Forderungsrechte des Schuldners durch die Vollstreckung verletzt werden (bei Pfändung und Ueberweisung von Forderungen).

Auch § 823 Abs. 2 bleibt außer Erörterung, denn Verstoßung gegen ein Schutzgesetz kann bei der Vollstreckung kaum in Frage kommen.

Wohl aber kommt § 826 in Betracht. Hier kann nämlich auch eine Handlung, die an sich nicht objektiv widerrechtlich ist, zum Ersatze des Schadens verpflichten, wenn sie in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorgenommen wird, insbesondere die Ausübung eines subjektiven Rechts. So kann man in der Ausübung des Vollstreckungsrechts eine zum Schadenersatze verpflichtende Handlung erblicken, wenn diese Ausübung gegen die guten Sitten verstößt [1]). Sie verstößt aber gegen die guten Sitten, wenn das Recht dadurch erlangt ist, daß das Urteil, welches seinen Rechtsgrund bildet, in arglistiger Weise erwirkt ist. Nicht blos die Entstehung des Vollstreckungsrechts wird hier getadelt, sondern die Ausübung trotz tadelnswerter Entstehung [2]). Ob eine Handlung unsittlich ist, muß doch nicht blos nach den gleichzeitig und verbunden mit ihr in die Umwelt tretenden Umständen bemessen werden; man wüßte gar nicht, wie man sich das vorstellen soll. Vielmehr kommen ohne Beschränkung alle Umstände in Betracht, auch die zeitlich vor der Handlung liegenden, wenn sie nur in einer derartigen Verbindung mit ihr stehen, daß die Handlung unsittlich erscheint. Getadelt wird also eine „Tätigkeit der Partei" [3]).

[1]) So auch Kohler Grh. 33 S. 564. Wohl auch Wendt Arch. f. d. z. Pr. 100 S. 313.

[2]) Anders Hamburger S. 104 unten.

[3]) Unrichtig Hamburger a. a. O. Jellinek S. 180.

Soweit stände also der Anwendung des § 826 nichts im Wege, wenn nicht bestritten wäre, daß nach § 826 auch Handlungen, die in Ausübung eines Rechts vorgenommen werden zum Schadenersatz verpflichten können. Insbesondere hat sich Kleinfeller im gleichen Zusammenhang bemüht das Gegenteil nachzuweisen [1]).

Nach ihm soll eine Handlung nur dann unter § 826 fallen, wenn sie widerrechtlich, d. h. an sich objektiv widerrechtlich ist. Es widerspreche der Logik, sagt Kleinfeller, daß eine Handlung zugleich rechtmäßig und widerrechtlich sei. Erst die Ueberschreitung der rechtlichen Grenzen der rechtmäßigen Handlung, mache sie zu einer rechtswidrigen, z. B. die Ueberschreitung der Züchtigungsbefugnis des Lehrers.

Aber zunächst: wo findet sich denn der Rechtssatz, daß nur eine widerrechtliche Handlung zum Schadenersatze verpflichtet. Wer kann das Gesetz hindern, selbst an die allerrechtmäßigste Handlung eine Schadenersatzpflicht zu knüpfen, wenn es ihm beliebt. Nach § 904 BGB. ist der Eigentümer einer Sache nicht berechtigt, die Einwirkung eines andern auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung entstehenden unverhältnismäßig groß ist. Eine derartige Einwirkung, z. B. eine Sachbeschädigung ist also zweifellos rechtmäßig. Und doch statuiert § 904 S. 2 eine Schadenersatzpflicht. Ebenso verpflichtet die (rechtmäßige) Aufsuchung und Wegschaffung einer in die Gewalt eines andern geratenen Sache zum Schadenersatz (§§ 807, 1005 BGB.). Andere Beispiele bieten § 258 S. 2, § 962 BGB. Wenn also das Gesetz mit der rechtmäßigen, aber wider die guten Sitten

[1]) Z. f. Rpfl. in Bay. 06, S. 1 fg. bes. S. 2 II.

erfolgenden Handlung eine Schadenersatzpflicht verbindet, so hat dies nichts Absonderliches an sich [2]).

Es bedarf aber, was den § 826 angeht, dieser Erwägung gar nicht. Gerade die von Kleinfeller erwähnte Parallele mit der Züchtigungsbefugnis liegt auf der Hand. Es ist unzweifelhaft richtig, daß das Recht dem Lehrer die Befugnis gibt, seine Schüler zu züchtigen. Aber ebenso zweifellos ist, daß nicht das Recht unmittelbar den Umfang der Züchtigungsbefugnis bestimmt, sondern die Sitte, die sich unter der Geltung desselben Gesetzes ändern kann und geändert hat. Wann also die Ausübung der Züchtigungsbefugnis (die ja ebenso wie das Vollstreckungsrecht dem öffentlichen Recht angehört) die „rechtlichen" Grenzen überschreitet, das ergibt sich nicht aus dem Recht, sondern aus der Sitte, die daher insofern einen erheblichen Einfluß auf das Recht hat, als sie eine rechtmäßige Handlung zu einer unrechtmäßigen macht.

Genau so liegt es mit der Ausübung des Vollstreckungsrechts. Diese Ausübung ist an sich rechtmäßig, aber nur so lange, als nicht mit ihr ein Verstoß gegen die guten Sitten verbunden ist. Sobald die Ausübung von der Sitte als unsittlich angesehen wird, ist sie rechtswidrig. Das heißt nicht, die „Grenzen von Recht und Sitte verkennen", sondern den guten Sitten einen Einfluß auf das Recht einräumen. Darin liegt gar nichts Abnormes, denn auch sonst läßt sich in dem Gesetze eine derartige Beeinflussung des Rechts durch die Sitte feststellen. Die §§ 138, 817, 226 BGB., die Kleinfeller

[2]) Aus diesen Erwägungen müssen m. E. alle Versuche, die Schadensersatzpflicht nach § 302, 600, 717, 945 ZPO. zu „erklären" (Geib und Goldschmidt), ergebnislos bleiben. Die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren Urteils ist eben nicht rechtswidrig und macht doch schadensersatzpflichtig. Wie sollte denn „erklärt" werden, daß die Vollstreckung eines vorläufig vollstreckbaren oberlandesgerichtlichen Urteils plötzlich nicht Schadensersatzpflicht erzeugt, sondern nur einen Herausgabeanspruch, während vor der Novelle das erstere der Fall war.

zitiert [3]), sind nicht die einzigen, in denen eine Berücksichtigung der guten Sitten verlangt wird. Wenn § 242 bestimmt, daß der Schuldner zu leisten hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erforderten, so ist damit zu erkennen gegeben, daß der Schuldner sich nicht auf sein formales Recht soll berufen dürfen, sondern daß der Inhalt dieses Rechts sich durch die guten Sitten bestimmt. Der Einfluß derselben ist also ganz erheblich; und da sollte die Ausübung eines Rechts ohne Rücksicht auf Treu und Glauben zulässig sein. Guter Glauben, Treu und Glauben, billiges Ermessen, Berücksichtigung von Tunlichkeit und Untunlichkeit, Abschneiden böswilligen Handelns, Verhältnismäßigkeit usw. sind alles Ausfluß eines und desselben Grundsatzes (vgl. §§ 138, 157, 162, 815, 1024, 1060, 303 BGB. und zahlreiche andere) [4]). „Das Bürgerliche Gesetzbuch hat den dolus getroffen, wo es ihn fassen konnte“ [5]). Nirgends ist eine analoge Ausdehnung angebrachter als hier [6]). Die Berücksichtigung der guten Sitten muß nicht nur da erfolgen, wo das Gesetz es ausdrücklich anordnet, sondern sie kann durchaus als „ein alles beherrschendes Prinzip“ [7]) angesehen werden [8]).

Dazu kommt, daß der Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetzbuch in § 705 eine ausdrückliche Ausnahme der in Ausübung eines Rechts vorgenommenen Handlungen von dem Tatbestand des jetzigen § 826 enthielt. Diese Ausnahme wurde aber von der Kommission gestrichen. Es war „bestimmend, daß es nicht gebilligt werden könnte, wenn jemand selbst in Ausübung eines formalen Rechts einem andern vorsätzlich in einer gegen die

---

[3]) S. 3 Sp. 1.
S. 3 Sp. 1. Durch Druckfehler ist hier wohl aus § 226 326 geworden.
[4]) S. die Uebersicht bei Fischer-Henle zu § 226 Nr. 5.
[5]) Crome, System d. b. R. I S. 187.
[6]) Crome S. 188.
[7]) A. A. Kleinfeller S. 3 Sp. 1.
[8]) „Es ist immer vom materiellen Recht die Rede“.

guten „Sitten verstoßenden Weise Schaden zufüge“ [9]). Der Entwurf also hielt die ausdrückliche Statuierung einer Ausnahme für nötig, weil sonst an sich unter § 826 auch Rechtsausübung fallen würde und die Kommission strich dies, um dem Gesetze den Sinn zu geben, den es ohne die Hinzufügung der Ausnahme gehabt haben würde! Wenn man demgegenüber sagt, die Kommission habe sich über die Tragweite der Streichung geirrt [10]), so ist das ein billiger Einwand.

Endlich aber wird erwogen werden müssen, daß auch § 226 die Ausübung eines Rechtes für unzulässig erklärt, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen [11]). Also muß mindestens eine derartige Rechtsausübung als Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 zum Schadenersatz verpflichten, auch wenn nicht eines der in Abs. 1 genannten Rechtsgüter verletzt ist [12]). Der von Kleinfeller gerügte logische Widerspruch, daß eine Handlung zugleich rechtmäßig und widerrechtlich sein könne, findet sich also ohne Zweifel Gesetze. Denn es ist ein Widerspruch in sich selbst, daß die Ausübung eines Rechts unzulässig, also widerrechtlich ist. Es bleibt daher nur die Annahme, daß die Rechtsausübung durch die Schikaneabsicht rechtswidrig wird. Dann liegt aber nicht der geringste Grund vor, zu verneinen, daß die mit einem Verstoß gegen die guten Sitten verbundene Ausübung des Vollstreckungsrechts nach § 826 BGB., zum Schadenersatz verpflichten kann. Die Ansicht, daß unter § 826 auch die Ausübung eines formalen Rechts fallen kann, ist denn auch durchaus herrschend; auch das Reichsgericht hat sich ihr angeschlossen [13]).

[9]) Oertmann J. W. 03 S. 326, Mugdan S. 1298 III.
[10]) Kleinfeller S. 3 Nr. 1.
[11]) S. darüber Oertmann a. a. O.
[12]) Vgl. Staudinger S. 1744 Z. 6 1739.
[13]) Vgl. Staudinger a. a. O. Oertmann S. 1081, JW. 03 S. 325 fg. a. A. Planck I S. 376 Vgl. RG. 58 S. 216 62 S. 139.

Es könnte sodann die Frage aufgeworfen werden, ob der notwendige ursächliche Zusammenhang zwischen der gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsausübung und dem Schaden gegeben ist.

Diese Frage ist zu bejahen. Denn für die Anwendung des § 826 ist nicht erforderlich, daß der Schaden beabsichtigt ist, sondern es genügt Vorsatz. Dieser ist aber mindestens in der Form des eventuellen Vorsatzes stets gegeben.

Streng davon zu scheiden ist die Frage, ob das der Rechtsausübung vorhergehende arglistige Verhalten mit dem Urteil in ursächlichem Zusammenhang steht. Das ist eine reine Tatfrage.

Endlich ist wieder eine andere Frage, ob die Rechtskraft des Urteils und die damit verknüpfte Entstehung des Vollstreckungsrechts durch das arglistige Handeln verursacht ist. Man könnte hier sagen, das Urteil wird rechtskräftig dadurch, daß der Verurteilte kein Rechtsmittel einlegt; die Entstehung des Vollstreckungstitels ist also verursacht durch eine Unterlassung des Schuldners [14]). In den meisten oben wiedergegebenen Fällen erstreckte sich die arglistige Absicht nicht nur auf das Urteil, sondern auch auf die Rechtskraft, indem die öffentliche Zustellung des Urteils erschlichen oder der Verurteilte durch äußere Gründe von der Einlegung des Rechtsmittels abgehalten wurde.

Aber auch wenn es vorkommen sollte, daß der Beklagte lediglich aus Leichtsinn oder aus sonstigen rein inneren Gründen die Rechtskraft eintreten läßt, so liegt doch Kausalzusammenhang vor. Denn auch nach der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang ist nicht erforderlich, daß der Erfolg unmittelbar durch die Handlung herbeigeführt wird, sondern es genügt,

[14]) So Kleinfeller S. 6 Sp. 2 unten.

wenn sie eine Bedingung gesetzt hat, welche den Erfolg unmittelbar ausgelöst hat [15]). Diese Bedingung ist hier der Lauf der Rechtsmittelfrist. Die Unterlassung könnte höchstens vom Gesichtspunkt des mitwirkenden Verschuldens in Betracht kommen [16]).

Es wird weiter geltend gemacht [17]), daß ein Schaden für den Schuldner nicht entstanden sein könne, da der Berechtigte dem Verpflichteten nicht einen Schaden dadurch zufüge, daß er sich dasjenige leisten lasse, worauf er einen Anspruch habe. Die Tilgung einer Schuld schädige den Schuldner nicht, weil der zum Zwecke der Tilgung erfolgenden Minderung seiner Aktiva eine gleiche Minderung der Passiva entspreche; für seine Leistung erhalte er durch die Befreiung von der Verbindlichkeit ein vollwertiges Entgelt.

Das ist unbestreitbar richtig, wenn das Urteil, welches arglistig herbeigeführt ist, der materiellen Rechtslage entspricht. Eine Schadenzufügung kann nur in Betracht kommen, wenn das Urteil unrichtig ist. Geht man hier von der reinen prozessualen Rechtskraftstheorie Hellwigs und Steins aus, so ergibt sich in solchem Falle ein Schaden daraus, daß der Schuldner erfüllt hat, ohne daß der Gläubiger eine Forderung gegen ihn hatte. Man kann nicht einwenden, daß auch hier ein Schaden nicht bestehe, weil durch die Zahlung das Vollstreckungsrecht erlösche, also dem Vermögensverlust ein gleichwertiger Vermögensvorteil gegenüberstehe [18]). Das Vollstreckungsrecht, als Recht gegen den Staat auf Vornahme von Vollstreckungshandlungen ist kein Vermögensrecht, sondern ein subjektiv öffentliches

---

[15]) Oertmann S. 28 (Diebstahl infolge ungenügender Verwahrung).

[16]) Vgl. zum Gesagten Dalberg S. 39, der von der Bedingungstheorie ausgehend zum gleichen Ergebnis gelangt.

[17]) Kleinfeller S. 2 II Hamburger S. 103.

[18]) So Dalberg S. 28.

Recht, bei dem sich ein Vermögenswert überhaupt nicht angeben läßt; es besteht ohne Rücksicht, ob der Schuldner vollstreckbares Vermögen hat oder nicht. Ueberdies erlischt es, wie wir schon oben gesehen haben, nicht mit der Zahlung, sondern mit der Aufhebung der Vollstreckbarkeit des Titels.

Aber auch von der materiellen Rechtskraftstheorie aus muß man annehmen, daß ein Schaden vorliegt.

Es wird geltend gemacht, mit dem Urteil sei ein materieller Anspruch entstanden, und wenn sich der Judikatsgläubiger dasjenige leisten lasse, worauf er Anspruch habe, so füge er dem Schuldner keinen Schaden zu [19]). Das wäre aber eine höchst einseitig formalistische Auffassung des Schadensbegriffes. Nach der natürlichen und richtigen Auffassung liegt zweifellos ein Schaden vor, wenn jemand zur Erfüllung eines Anspruchs gezwungen wird, der nicht entstanden wäre, wenn seine rechtliche Grundlage nicht in arglistiger Weise herbeigeführt worden wäre. Wollte man sich auf jenen Standpunkt stellen, so könnte man mit demselben Rechte im Falle des § 853 BGB. den Anspruch auf Erfüllung zulassen; denn derjenige, der durch eine unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten erlangt hat, handelt auch nur in Ausübung eines Rechts, wenn er Erfüllung der Forderung verlangt.

Ein Ergebnis gewinnen wir also zunächst aus obigen Ausführungen: wollen wir die Klage aus § 826 auf Beseitigung der Vollstreckungswirkungen zulassen, so ist sie nur begründet, wenn feststeht, daß das arglistig erwirkte Urteil unrichtig ist, denn sonst ist kein Schaden entstanden. Die Unrichtigkeit des rechtskräftigen Urteils ist also ein Tatbestandsmoment des erhobenen Anspruchs; die Schadenersatzklage gerät mithin in Konflikt mit der materiellen Rechtskraft und es fragt sich, ob die

---

[19]) So Dalberg a. a. O.

Klage stärker ist oder die Rechtskraft, d. h. ob gegenüber einem arglistig erschlichenen Urteile die Rechtskraft beiseite geschoben werden kann [20]).

β. „Die Rechtskraft muß zessieren", sagt das Reichsgericht, „wenn sie arglistig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben."

Was „zessieren" bedeutet, darüber kann kein Zweifel sein, es ist auch gar nicht streitig [21]). In einer anderen Entscheidung wird es mit „aufhören" übersetzt. Es bedeutet also einfach, daß der Richter die Rechtskraft nicht beachten darf. In dem wiedergegebenen Satze liegt durchaus kein „typischer Zirkelschluß", wie Dalberg zu beweisen sucht [22]). Das Reichsgericht soll angeblich zur Begründung der Klage das Zessieren der Rechtskraft als etwas Selbstverständliches voraussetzen; denn wenn mit Erfolg behauptet werden könne, die festgestellte Schuld bestehe nicht, so sei damit die Rechtskraft schon zessiert, ohne daß hierfür ein Grund angegeben werde. Das wäre richtig, wenn die (negative) Tatsache, daß kein rechtskräftiges Urteil vorliegt, eine Prozeßvoraussetzung wäre, wenn die Rechtskraft eine Sachentscheidung überhaupt verhinderte. In Wirklichkeit verhindert sie nur eine widersprechende Sachentscheidung. Sie verbietet nicht schon die bloße Erörterung der Richtigkeit oder

[20]) Beim Studium der Literatur fällt sofort auf, daß fast alle Schriftsteller des Zivilrechts die Klage zulassen, dagegen fast alle Schriftsteller des Prozeßrechts die Rechtskraft für stärker halten. Vgl. Staudinger 1738, Planck § 826, Bem. 2, Oertmann S. 1081, Dernburg d. J. Z. 05, S. 465 fg., Enneccerus-Kipp Wolf 12 S. 60, Crome 2 S. 1042, Düringer d. J. Z. 11 S. 38 fg. Andererseits Hellwig Lb. 2 S. 45 u. R. 10 S. 713 Kleinfeller a. a. O., Stein ZPO. S 816 IX 2 Wach Handb. S. 626, 628, Pagenstecher S. 395 JW. 08 S. 187 S. auch Jellinek, der die gleiche Bemerkung macht, u. RG. im Warn. EB. 1912 Nr. 25 S. 27.

[21]) A. A. Dalberg S. 23 Text u. Nr. 20.

[22]) S. 28 oben.

Unrichtigkeit des Urteils, sondern nur die Zugrundelegung der Unrichtigkeit bei der Fällung der neuen Entscheidung [23]).

Die Sachlage ist also einfach die: Findet der Richter, daß das Urteil in arglistiger Weise erwirkt ist und daß es mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt, so kann er die Rechtskraft zessieren lassen; findet er das nicht, so muß er eben bei der Fällung der Entscheidung davon ausgehen, daß das Urteil richtig ist und die Klage abweisen. Ein fehlerhafter Schluß ist dabei nicht ersichtlich.

Warum freilich die Rechtskraft aufhören muß, wenn sie arglistig herbeigeführt ist, um dem Unrecht den Schein des Rechts zu geben, das geht aus den Erwägungen des Reichsgerichts nicht hervor. Die Erwägung, die Rechtskraft könne den fundamentalen Satz, daß vorsätzliche Rechtsverletzung zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichte, nicht außer Kraft setzen, kann unmöglich genügen; denn wie das Oberlandesgericht Colmar einmal mit Recht bemerkt hat, ist der Grundsatz über den Schadenersatz nicht in höherem Maße fundamental wie derjenige über die Rechtskraft [24]). Wenn jener Grundsatz so fundamental wäre, dann müßte er auch geeignet sein, die Verjährung außer Kraft zu setzen und den Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung unverjährbar machen [25]). Es ist überhaupt ein gefährliches Beginnen, zwischen fundamentalen und weniger fundamentalen Grundsätzen zu unterscheiden. Wenn man in dieser Beziehung weiterforscht, so findet man z. B. daß die Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung an Fundamentalität denjenigen über den Schadenersatz mindestens gleichkommen. Den Satz, daß niemand etwas

[23]) Oben S. 27.

[24]) Urt. v. 13. 10. 1910 J. W. f. EL. 36 S. 488 fg 491. Vgl. gegen dieses Urteil Reichel, Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung 1913, S. 90 Nr. 1.

[25]) Pagenstecher S. 406 unten.

behalten darf, was er auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund erlangt hat, könnte man geradezu als dem Naturrecht angehörend bezeichnen. Hiernach fragt man sich aber, warum nicht die Rechtskraft gegenüber einer Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung weichen muß; und doch lehnt dies das Reichsgericht ständig ab [26]).

Der Grund, der dem Reichsgericht vorschwebt, ist wohl folgender: die Rechtskraft ist (auch von der materiellen Auffassung aus) ein staatlicher Gesetzesbefehl an den Richter, ebenso zu entscheiden, wie im ersten Urteil entschieden ist, oder umgekehrt ein Verbot anders zu entscheiden. Dieses Verbot ist aber stillschweigend durch eine Ausnahme eingeschränkt; es gilt nur für den Normalfall des Prozesses, daß von der Rechtsordnung erlaubte Zwecke in einer von der Rechtsordnung erlaubten Weise verfolgt werden. Es ist nicht Aufgabe des Staates, seine Machtmittel herzuleihen, um dem, was nicht Recht ist, den Schein des Rechts zu verleihen." Ebenso wie man auch sonst in der Wissenschaft aus allgemeinen Grundsätzen Beschränkungen von Rechtssätzen herleiten kann und herleitet, so kann auch hier der Rechtssatz, daß der Richter an das erste Urteil gebunden ist, in bestimmter Weise eingeschränkt werden. Das staatliche Gebot, ebenso zu entscheiden wie der erste Richter, gilt nicht, wenn jene Entscheidung bewußt rechtswidrig herbeigeführt ist; denn der Staat darf nur das Recht, nicht das Unrecht schützen. Also nicht fundamentale Rechtssätze, sondern ethische Gesichtspunkte sollen zu einer Einschränkung der Rechtskraft führen.

Dieser Gedanke, der den Entscheidungen des Reichsgerichts vielleicht zugrunde liegt, ist keineswegs ohne weiteres von der Hand zu weisen, umsoweniger als der Begriff der Rechtskraft selbst nicht gesetzlich festgelegt ist.

---

[26]) Vgl. z. B. oben S. 69 Nr 1. Auch Reichel läßt die condictio indebiti nicht zu (S. 21, 22). Bei seiner Stellungnahme gegen Colmar ist das nicht konsequent.

Aber es bedarf doch der Untersuchung, ob nicht Umstände vorliegen, die hier eine derartige Ableitung der Beschränkung eines Rechtssatzes verbieten.

Es drängt sich sofort der Gedanke auf: Kann der Richter ohne formelle Aufhebung des ersten Urteils über die Rechtskraft hinwegschreiten, da doch die Zivilprozeßordnung im Wiederaufnahmeverfahren ein Mittel gibt, die Wirkungen eines rechtskräftigen Urteils zu beseitigen? Meist wird dieselbe Frage in der ungenauen Form gestellt, ob die Anfechtung eines rechtskräftigen Urteils in anderer Weise als durch Wiederaufnahme des Verfahrens gestattet ist. Stellt man die Frage so, dann kann man sich allerdings in der Weise darüber hinweghelfen, daß man sagt: die Wiederaufnahme regelt bloß die Anfechtung auf prozessualem Gebiete, § 826 BGB. dagegen ficht das Urteil materiell an, indem es nur eine Ausgleichung der durch den Bestand des Urteils herbeigeführten Folgen beabsichtigt [27]).

Um eine Anfechtung des Urteils allein aber handelt es sich nicht, sondern um ein Beiseiteschieben der Rechtskraft und für die Frage, ob dieses zulässig ist, besagt jene Formel nichts.

Der Nachweis aber, daß die Rechtskraft angesichts der Vorschriften über die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht zessieren kann, soll im Folgenden versucht werden.

aa. Unter den Begriff der Wiederaufnahme des Verfahrens faßt die Zivilprozeßordnung zwei Arten von Klagen zusammen, nämlich die Nichtigkeits- und die Restitutionsklage. Die Nichtigkeitsklage findet statt, wenn in dem vorhergehenden Verfahren das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war, oder wenn ein ausgeschlossener oder mit Erfolg abgelehnter Richter daran teilgenommen hatte oder wenn eine Partei des gesetz-

[27]) RG. Bd. 46, oben S. 65 Nr. 3 Jellinek S. 192. Schneider S. 38 bemerkt mit Recht, daß die Wiederaufnahme doch nicht um ihrer selbst willen erfolgt.

losen Vertreters oder des notwendigen Anwalts entbehrt hatte. In diesen Fällen handelt es sich also um rein formelle Mängel des Verfahrens, und zwar solche, die innerhalb des anhängigen Prozesses von Amtswegen zu berücksichtigen gewesen wären, also um „prozessuale Nichtigkeitsgründe“ [28]). Die Gründe für die Restitutionsklage sind dagegen solche Mängel, die sich auf die Urteilsgrundlagen beziehen, falscher Parteieid, falsche Urkunden, falscher Zeugen- und Sachverständigeneid usw., vor allem aber Erwirkung des Urteils durch eine strafbare Handlung seitens des Vertreters der benachteiligten Partei oder seitens deren Gegner oder dessen Vertreters. Alle diese Wiederaufnahmegründe, mag es sich um die Nichtigkeits- oder um die Restitutionsklage handeln, sind von der Art, daß sie gegebenenfalls auch zur Begründung einer Berufung hätten dienen können; die Nichtigkeitsgründe selber sind Gesetzesverletzungen und daher auch im Wege der Revision verfolgbar.

Hiernach schon liegt auf der Hand, daß die Wiederaufnahmeklagen mit den Rechtsmitteln in einem gewissen Zusammenhang stehen müssen [29]); sie werden auch mit den eigentlichen Rechtsmitteln unter dem Begriff der Rechtsmittel im weiteren Sinne zusammengefaßt. Dieser Zusammenhang ist freilich nicht von der Art daß die Restitutionsgründe a l l e Berufungsgründe oder die Gründe für die Nichtigkeitsklage alle „Nichtigkeitsgründe“ umfassen. Auch die Unzulässigkeit des Rechtswegs oder die Unzuständigkeit des Gerichts sind Nichtigkeitsgründe, gewähren aber zweifellos keine Nichtigkeitsklage; denn darüber herrscht allgemeine Uebereinstimmung, daß die Gründe in die Wiederaufnahmeklagen in den §§ 579, 580 ZPO. erschöpfend aufgezählt sind und keine ausdehnende Auslegung zulassen [30]). Die Wiederaufnahme eines rechtskräftig geschlossenen

[28]) Schmidt S. 670 III.

[29]) S. darüber noch unten S. 89.

[30]) So auch Pagenstecher S. 323 oben.

Verfahrens soll offenbar nur aus ganz bestimmten besonders schwerwiegenden Gründen zulässig sein, „nur wenn das Gericht bei der Urteilsfällung durch die stärksten Rechtswidrigkeiten irregeführt worden ist“ [31]).

Vor allem aber ist es ein Umstand, der Rechtsmittel und Wiederaufnahmeklagen auf das Schärfste scheidet. Bei der Wiederaufnahme wird, wenn sie zulässig ist, die Hauptsache, soweit sie von dem Anfechtungsgrund betroffen wird, neu verhandelt. Auch bei den Rechtsmitteln wird neu verhandelt, und zwar bei der Berufung grundsätzlich unbeschränkt, bei der Revision wenigstens innerhalb eines bestimmten Rahmens, aber auch hier über beliebige Gesetzesverletzungen [32]). Der neuen Entscheidung jedoch steht bei den Rechtsmitteln infolge der noch nicht eingetretenen formellen Rechtskraft die materielle Rechtskraft nicht engegegen. Wohl aber hat bei der Fällung der neuen Entscheidung im Wiederaufnahmeverfahren der Richter mit der materiellen Rechtskraft des ersten Urteils zu kämpfen, da er ja grundsätzlich nicht von der Unrichtigkeit des ersten Urteils ausgehen darf, und es sich um eadem res handelt.

Da nun aber das Gesetz dem Richter die neue Verhandlung und damit auch die neue Entscheidung ausdrücklich gestattet und vorschreibt, so ergibt sich, daß er hierbei die Rechtskraft des ersten Urteils nicht zu beachten braucht und nicht beachten darf, daß sie „zessiert“.

Es trifft also nicht den Kern der Sache, wenn man sagt, das Wiederaufnahmeverfahren beseitige die Rechtskraft. Wohl beseitigt das neue Urteil, welches im Wiederaufnahmeverfahren das alte Urteil aufhebt, auch die materielle Rechtskraft desselben, aber eben nur *weil* es aufhebt. Das mit den Mängeln behaftete Urteil wird *inhaltlich* aufgehoben, wie ein Be-

[31]) **Bülow** S. 145.
[32]) **Schmidt** S. 780 e.

rufungsurteil das erstinstanzliche aufhebt und die natürliche Folge davon ist, daß die materielle Rechtskraft des aufgehobenen Urteils erlischt, weil sie eben keinen Inhalt mehr hat. An die Aufhebung des Urteils kann aber der Richter nur gehen, wenn ihm gestattet ist, die materielle Rechtskraft des Urteils beiseite zu schieben, d. h. anders zu entscheiden, als rechtskräftig entschieden ist.

Man könnte daran denken, daß es doch möglich ist, die Rechtskraft des angefochtenen Urteils vorher zu beseitigen, nämlich durch die nach § 590 Abs. 2 gestattete Vorabentscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme und daß demgemäß auch sonst der Richter vor Fällung des neuen Urteils die Rechtskraft — wenn auch nur rein innerlich — „beseitigt" (im konstitutiven Sinne) haben muß [33]). Die Vorabentscheidung wird auch allgemein als bezeichnet.

Mit Unrecht!

Die Vorentscheidung reißt nicht etwa die materielle Rechtskraft nieder, sondern sie ist ein Feststellungsurteil mit prozessualem Inhalt. Sie stellt fest, daß die Wiederaufnahme formell zulässig ist und daß der Richter berechtigt ist, von der Rechtskraft abzusehen. Konstitutive Wirkung konnte sie schon deshalb nicht haben, weil sie ein gewöhnliches Zwischenurteil über einen Zwischenstreit ist, daher erst mit dem Endurteil formell rechtskräftig wird. Beseitigte die Vorentscheidung die Rechtskraft, so könnten außerhalb des anhängigen Wiederaufnahmeprozesses andere Klagen könnte die Einrede der Rechtskraft nicht mehr entgegengehalten werden. Das Gegenteil ist aber bis zur rechtskräftigen Erledigung des Wiederaufnahmeprozesses unzweifelhaft der Fall. Man denke sich die Komplikationen, wenn, nachdem eine derartige Klage rechtskräftig zugesprochen ist, die Wiederaufnahmeklage zurückgezogen und damit

[33]) So wohl Schmidt S. 780 Nr. 3.

das Zwischenurteil hinfällig wird. Man könnte denken, daß die Vorentscheidung die Rechtskraft nur für den anhängigen Wiederaufnahmeprozeß beseitigt. Auch das ist unrichtig. Denn nach Erlaß des Zwischenurteils kann die Wiederaufnahmeklage immer noch abgewiesen werden. Die Folge davon wäre aber, daß das angefochtene Urteil in Zukunft ein Urteil ohne materielle Rechtskraft wäre, denn jenes abweisende Urteil könnte ihm die Rechtskraft nicht wieder geben (§ 318 ZPO.). Ueberhaupt ist es undenkbar, daß die Rechtskraft von dem materiellen Urteilsinhalt losgelöst werden könnte; ein formell rechtskräftiges Sachurteil hat auch materielle Rechtskraft. Nur ob sie im einen oder anderen Prozesse zu beachten ist, ist eine andere Frage.

Um es also zu wiederholen: Die Wiederaufnahme des Verfahrens hat, was die Rechtskraft angeht, die Bedeutung, daß es hier dem Richter gestattet ist, über die Rechtskraft hinwegzusehen!

Ist dem aber so, so erscheint es von vornherein unwahrscheinlich, daß wegen der gleichen Urteilsmängel auch außerhalb der Wiederaufnahme gestattet wäre, die Rechtskraft zessieren zu lassen.

Man beachte, daß nach der Ansicht des Reichsgerichts die unerlaubte Handlung, welche die Rechtskraft wirkungslos machen soll, nicht eine strafbare Handlung sein muß; es braucht sich nur um einen Verstoß gegen die guten Sitten zu handeln. Meist wird aber doch eine strafbare Täuschung des Richters oder der Partei vorliegen. Und in solchem Falle sollte etwas so außerordentlich Schwerwiegendes, wie das Aufhören der Rechtskraft, nicht nur in dem Prozesse statthaft sein, in dem es sich um die inhaltliche Beseitigung des Urteils handelt, sondern auch in einem gewöhnlichen Schadenersatzprozesse?

Jenes höhere Prinzip, daß der Staat nur das Recht schützt, kann vielmehr in Prozeßrecht nur soweit Geltung haben, als der Staat ihm ausdrücklich Geltung beilegt. Insbesondere

kann es nicht für geeignet gelten, die Rechtskraft eines Urteils wirkungslos machen, wenn es das Motiv für die Bestimmung und genaue Regelung eines formellen Verfahrens gewesen ist, in dem die Rechtskraft zessieren darf.

Und daß es ein solches Motiv war, bedarf wenigstens für den Fall des § 580 Z. 4 keiner Erörterung. Nur in besonders schweren Fällen soll die Rücksicht auf das, was Recht ist, gegen ein anderes Prinip durchdringen, welches die Rechtsordnung beherrscht, nämlich gegen die Rücksicht auf die Sicherheit und Stetigkeit der Rechtspflege, aus der der Gedanke der Rechtskraft überhaupt entsprungen ist. Wir haben oben gesehen, daß die Rechtskraft eine Schöpfung des Rechts ist. Es wäre unerträglich, wenn dieselbe Sache, über die der Staat einmal zwischen den Parteien entschieden hat, von diesen stets erneut zum unmittelbaren oder mittelbaren Gegenstand eines Prozesses gemacht werden könnte. Die Rechtssicherheit verlangt gebieterisch, daß einmal ein Ende des Streits sei und an Stelle der Ungewißheit die Gewißheit trete. Das äußert sich schon in den „strengen, absoluten Rechtssätzen“ [34]), durch die die Rechtskraft herbeigeführt wird. Solange das Urteil nicht zugestellt und die Rechtsmittelfrist nicht abgelaufen ist, ist der Rechtsstreit anhängig. Ist aber die Zustellung einmal geschehen, so tritt die Rechtskraft unaufhaltsam von selber ein, denn jetzt hat eben eine Partei zu erkennen gegeben, daß ihr an der Beendigung der Rechtsungewißheit liegt. Ja noch weiter, ist der Instanzenzug erschöpft, so bedarf es nicht einmal der Zustellung des Urteils. Hat der Staat einmal endgültig entschieden, ohne daß die Möglichkeit bestände, diese Entscheidung einem höheren Gericht zu unterbreiten, so ist auch die Rechtskraft eingetreten. Ganz diesen strengen Vorschriften und der Bedeutung der Rechtskraft entsprechend, ist auch die Wiederaufnahme des rechtskräftig

[34]) Bülow S. 150.

geschlossenen Verfahrens an bestimmte, in der Zahl begrenzte Voraussetzungen geknüpft. Das Gesetz verlangt da, wo eine rechtswidrige Herbeiführung des Urteils hauptsächlich in Frage kommt, nämlich bei der Restitutionsklage nicht nur, daß der Restitutionsgrund nicht durch Rechtsmittel geltend gemacht werden konnte, sondern fordert sogar, daß eine Bestrafung des rechtswidrig Handelnden eingetreten ist oder daß sie aus anderen Gründen als wegen Beweismangels nicht eintreten konnte. Die Erhebung der Klage ist außerdem an eine Notfrist von einem Monat seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes geknüpft. Je nach Ablauf von 5 Jahren seit der Rechtskraft des Urteils ist die Wiederaufnahme überhaupt ausgeschlossen, sodaß selbst der schwerwiegendste Mangel des Verfahrens geheilt wird. Die Motive [35]) sagen: „Bei Festsetzung der Anfechtungsgründe ist die Erwägung leitend gewesen, daß die Rechtssicherheit die Beschränkung der Anfechtung auf bestimmte, scharf begrenzte und unumgänglich notwendige Fälle fordert." Zur Setzung der Ausschlußfrist äußern sie sich [36]): „Eine zehnjährige Frist [37]) von der Rechtskraft an soll die Rechtskraft des Urteils gegen Angriffe schützen, nachdem der Zeitverlauf alle einschlagenden Verhältnisse verdunkelt hat."

Diese Vorsichtsmaßregeln gegen eine Gefährdung der Rechtssicherheit durch Angriffe auf die Rechtskraft rechtfertigen m. E. den Schluß, daß die Rechtskraft da nicht zessieren kann, wo das Gesetz dies nicht besonders zugelassen hat.

ββ. Dazu kommt weiter folgende Erwägung: Im Wiederaufnahmeverfahren wird die Hauptsache — wie bei Rechtsmitteln — neu verhandelt. Gegen die Entscheidung sind Rechtsmittel zulässig, und zwar soweit, als sie gegen die Entscheidungen

---

35) Hahn S. 378.

36) Hahn S. 385.

37) Daraus ist im Laufe der Verhandlungen eine fünfjährige geworden.

der mit den Klagen befaßten Gerichte überhaupt stattfinden (§ 591 ZPO.). Die neue Entscheidung tritt also „an die Stelle der früheren in derselben Instanz erlassenen und unterliegt denselben Rechtsmitteln wie diese“ [38]). Damit steht auch die Regelung der Zuständigkeit für die Klagen in Zusammenhang. Ausschließlich (!) zuständig ist das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat; wenn das Berufungsgericht das angefochtene Urteil erlassen hat, das Berufungsgericht; endlich, wenn ein in der Revisionsinstanz erlassene Urteil auf Grund des § 579 oder 580 Nr. 4 und 5 angefochten wird, das Revisionsgericht. Daß dem Revisionsgerichte, auch wenn es das angefochtene Urteil gefällt hat, die Entscheidung über die Restitutionsgründe des § 580 Z. 1—3, 6 u. 7 abgenommen und dem Berufungsgericht übertragen ist, erklärt sich bekanntlich daraus, daß in diesen Fällen nicht eigentlich das Urteil des Revisionsgerichts, sondern das **Berufungsurteil angegriffen wird. Denn hier handelt es sich um die Beurteilung von sachlichen Unterlagen der Entscheidung, also von Tatfragen, die nur in der Berufungsinstanz erfolgt sein kann, da in der Revisionsinstanz neue Tatsachen nicht vorgebracht werden können. An jene Feststellungen des Berufungsgerichts war aber das Revisionsgericht gebunden.**

Man kann daher sagen, daß grundsätzlich nicht die erste Instanz, wie das Gesetz sich ausdrückt, sondern diejenige Instanz entscheidet, welche das Urteil erlassen hat. Hieraus ergibt sich, daß durch die Wiederaufnahme in gewissem Sinne die formelle Rechtskraft beseitigt wird, insofern als der Instanzenzug da fortgesetzt wird, wo er in dem früheren Verfahren aufgehört hat. War das erste Urteil vom Amtsgericht erlassen, so ist das neue Urteil mit der Berufung anfechtbar; war es in der Be-

[38]) Hahn S. 386.

rufungsinstanz vom Landgericht erlassen, so ist es überhaupt nicht mehr anfechtbar.

Was würde dagegen das Zessieren der Rechtskraft bei Klagen aus unerlaubter Handlung bewirken? Es würde dieselbe Sache auf dem Umwege der Klage aus unerlaubter Handlung in die erste Instanz zurückversetzen, in derselben Sache, in welcher bereits das Landgericht als Berufungsgericht entschieden hat nochmals dem Amtsgericht die Prüfung anvertrauen, ob die drei Richter richtig entschieden haben und ob sie sich haben durch eine Partei täuschen lassen.

Und das sollte ein bloßer Verstoß gegen die guten Sitten bewirken können, eine Handlung, die nicht einmal strafbar zu sein braucht, ja vielleicht gerade noch knapp eine unerlaubte ist?

Es ist endlich noch ein weiteres Argument geltend zu machen, das gegen die Zulässigkeit eines Beiseiteschiebens der Rechtskraft spricht.

Läßt man die Klage aus § 826 überhaupt gegen ein rechtskräftiges Urteil zu, so muß man sie konsequenterweise zulassen, auch wenn die Wiederaufnahme selbst nicht unzulässig ist oder durch Zeitablauf geworden ist. Für die gegenteilige Ansicht ließe sich aus dem Gesetze jedenfalls kein Grund herleiten, sondern der Grund müßte, wie das Zessieren der Rechtskraft überhaupt aus allgemeineren Prinzipien entnommen werden. Wie schwer es ist, ein derartiges allgemeines Prinzip aufzufinden, zeigen die Ausführungen, die Dalberg zu dieser Frage macht[39]). Bei Konkurrenz der Schadensersatzklage mit dem Wiederaufnahmeverfahren, sagt Dalberg, müsse letzterer Weg gewählt werden, da

[39]) S. 41.

ja dann kein "Bedürfnis„ bestehe, die nächstliegenden prozessualen Regeln zurücktreten zu lassen. Das "Bedürfnis„ also soll entscheidend sein, ob von zwei Wegen nur einer oder ob beide gegeben sind! M. E. ist es vom Standpunkt der von der unerlaubten Handlung betroffenen Partei gerade ein dringendes Bedürfnis, zu dem Schadensersatze ohne den Umweg über das Wiederaufnahmeverfahren zu gelangen. Ueberhaupt lassen sich mit derartigen unjuristischen Begriffen keine juristischen Fragen lösen. Mit Recht sagt Pagenstecher[40]): "Sind diese Paragraphen (nämlich 823, 816, 249 BGB.) überhaupt einem rechtskräftigen Urteil gegenüber anwendbar, so müssen sie auch stets anwendbar sein, wenn ihre Voraussetzungen vorliegen."

Durch die Wiederaufnahme erlangt nun der früher verurteilte Beklagte nicht ohne Weiteres das zurück, was ihm durch die Vollstreckung oder durch freiwillige Zahlung entzogen ist. Denn im Wiederaufnahmeprozeß wird nur die Hauptsache neu verhandelt und entschieden, nicht dagegen die "Nebensache", nämlich der Schadensersatz. Günstigstenfalls erlangt also der Wiederaufnahmekläger die Abweisung der früheren Klage. Aus dieser Gestaltung des Wiederaufnahmeverfahrens erklären sich auch die übrigen bezüglichen Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

Nach § 717 ZPO. ist der Kläger zwar zum Ersatze des dem Beklagten durch die Vollstreckung entstandenen Schadens verpflichtet, wenn ein vorläufig vollstreckbares Urteil aufgehoben wird und dieser Anspruch kann im anhängigen Prozesse geltend gemacht werden. Diese Vorschrift bezieht sich aber nicht auf die Aufhebung ei-

[40]) S. 326.

nes Urteils im Wiederaufnahmeprozesse, sondern auf die Aufhebung innerhalb eines anhängigen, also noch nicht rechtskräftig entschiedenen Prozesses. – Ein „vorläufig" vollstreckbares Urteil kommt bei der Wiederaufnahme überhaupt nicht in Frage. Es ist hauptsächlich an den Fall zu denken, daß ein Urteil im Instanzenzug aufgehoben wird.

Vielmehr kommt in Betracht § 707 ZPO.

Hiernach kann, wenn Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt ist, durch unanfechtbaren Beschluß einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung und gegen Sicherheitsleistung Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verfügt werden. Dieser Weg ist aber natürlich, wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt, nur dann gegeben, wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht beendet ist. Ist sie beendet, so kann offenbar nur eine besondere Klage auf Herausgabe des Vollstreckungserlöses helfen. Zur Begründung dieser Klage stehen § 812 und § 823 fg. insbesondere § 826 BGB. zur Verfügung. § 812 ist der einzige Weg, wenn die Wiederaufnahme auf Grund des § 579 oder 580 Z. 6 verlangt wird, denn hier kann eine unerlaubte Handlung nicht in Frage kommen. Eine Verbindung dieser Klage mit der Wiederaufnahmeklage aber wird schon deshalb unzulässig sein, weil die Wiederaufnahme im Sinne des § 260 ZPO. als besondere Prozeßart anzusehen ist. Hat man aber deswegen kein Bedenken, so kann man die Verbindung doch nur dann zulassen, wenn die Wiederaufnahme vor dem Gerichte erster Instanz verfolgt wird; denn gerade § 717, der auch eine Erhebung der Schadenersatzklage sogar in der Revisionsinstanz zuläßt, bezieht sich nicht auf Klagen der behandelnden Art. Außerdem müßte die Klage nach ihrem Streit-

wert unter die sachliche Zuständigkeit fallen. Endlich müßte das angerufene Gericht auch örtlich zuständig sein[41]).

Erhebt aber der Wiederaufnahmekläger gleichzeitig vor demselben Gerichte die condictio indebiti aus § 812, oder erhebt er sie vor einem andern Gerichte, so muß sie als unbegründet abgewiesen werden. Denn erstens steht ihr unzweifelhaft die Einrede der Rechtskraft entgegen, solange das Urteil nicht aufgehoben ist. Zweitens ist die Bereicherung nicht ungerechtfertigt, da der rechtliche Grund der Vollstreckung noch nicht fortgefallen ist. Ist die Wiederaufnahme durch Zeitablauf unzulässig geworden, so kann der rechtliche Grund nicht mehr fortfallen; die Klage ist also in jedem Falle unbegründet.

Man sollte nun meinen, daß das Gesagte auch gelten muß, wenn die Klage auf unerlaubte Handlung gestützt wird. Denn auch hier ist es die Einrede der Rechtskraft, welche entgegensteht. Aber nein! Diese Klage kann keine andere sein, als diejenige, die wir hier unter der Lupe haben, denn aus demselben Tatbestand können nicht zwei rechtlich verschieden zu behandelnde Klagen auf Schadenersatz wegen unerlaubter Handlung entspringen, eine bei der die Rechtskraft zessiert, und eine andere bei der sie nicht zessiert.

Diese Klage beseitigt aber in höchst einfacher Weise alle Schwierigkeiten. Zunächst wird niemand, der zwischen Wiederaufnahme und Klage aus § 826 zu wählen hat, sich für jene entscheiden. Denn die rechtskräftige Abweisung der Wiederaufnahmeklage würde vermöge ihrer materiellen Rechtskraft eine auf uner-

[41]) Die ganze Frage ist bestritten.

laubte Handlung gestützte Schadenersatzklage für die Zukunft unmöglich machen. Dagegen würde die rechtskräftige Abweisung der Schadenersatzklage nur feststellen, daß kein Schadenersatzanspruch besteht, aber nicht die Wiederaufnahme ausschließen. Der Kläger brauchte also nur die Wiederaufnahme durchzuführen um – horribile dictu – auf § 812 BGB. gestützt, dasjenige zu erlangen, was er durch § 826 nicht erlangen konnte.

Sodann. Für die Aufhebung der Zwangsvollstreckungsmaßregeln (z. B. der Pfändung) wird er nicht den Weg des § 707 ZPO. wählen, denn durch die Klage aus § 826 erlangt er die Aufhebung ohne Sicherheitsleistung; wird die Klage abgewiesen, so kann er Berufung einlegen, während der abweisende Beschluß nach § 707 unanfechtbar wäre.

Kann die Klage auf § 812 aber nicht mehr gestützt werden, weil die Ausschlußfrist für die Wiederaufnahme abgelaufen ist, so wird sie einfach auf § 826 gestützt und zwar wohlgemerkt mit demselben Tatbestand, mit der die Wiederaufnahmeklage hätte begründet werden müssen oder, noch schlimmer, mit einem Tatbestand, auf den die Wiederaufnahme überhaupt nicht hätte gestützt werden können[42]).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich wohl zur Genüge, daß im System der Zivilprozeßordnung neben der Wiederaufnahme des Verfahrens kein Platz ist für das Zessieren der Rechtskraft gegenüber einer Klage aus unerlaubter Handlung. Man wird Pagenstecher

[42]) Daraus ergibt sich, daß die sogenannte Klage aus unerlaubter Handlung auf Beseitigung der Vollstreckungswirkung überhaupt nichts anders ist, als eine verkappte Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung.

beistimmen müssen, wenn er sagt[43]): „Ein rechtskräftiges Urteil ist, solange es besteht, ein authentisches Zeugnis für seine Gesetzmäßigkeit. Beseitigt werden kann es nur im Wege der Wiederaufnahme und nur hier können innerhalb der von der Zivilprozeßordnung gezogenen Grenzen Folgerungen daraus hergeleitet werden, daß es auf ungesetzliche Weise zustande gekommen ist." Mit Recht bemerkt auch Bülow[44]): „Dem rechtskräftigen Urteile kann, wenn nicht eine Wiederaufnahme des Verfahrens vorliegt, seine endgültige Entscheidungskraft von keiner Seite und unter keinem Vorwande mehr entzogen werden."

Was in dem Vorstehenden über das Verhältnis zwischen Wiederaufnahme und Rechtskraft gesagt ist, läßt sich unschwer auch auf das Verhältnis zwischen Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren und Rechtskraft anwenden. Sofern das Aufgebotsverfahren zum Zivilprozeß gehört, muß und kann man den hierin ergehenden Urteilen Rechtskraftswirkung zusprechen. Steht man freilich auf dem Boden der materiell rechtlichen Auffassung von der Wirkung der Rechtskraft, so wird man das Aufgebotsverfahren nicht zum Zivilprozeß rechnen dürfen, weil auch hier die materielle Theorie sich nicht durchführen läßt[45]). Haben die Aufgebotsurteile aber Rechtskraft, so hat die Anfechtungsklage die nämliche Bedeutung wie die Wiederaufnahme[46]), nämlich, daß die Rechtskraft mit Aufhebung des Aufgebots-

[43]) S. 382.

[44]) S. 149, Pagenstecher S. 328 Nr. 770.

[45]) Dabei fragt sich aber immer noch, ob nicht, weil es sich eben um Urteile in der prozessualen Form handelt, doch Rechtskraft gegeben ist.

[46]) Vergl. § 957 Z. 6 958 mit 5580, 586 ZPO.

urteils beseitigt ist, daß sie aber bei der Fällung des aufhebenden Urteils erst zessieren muß[47]).

Endlich gilt das Gesagte auch im Falle der Anfechtung eines Schiedsspruchs durch Klage; auch hier ist die Rechtskraft durch das Gesetz in einem bestimmten Falle wirkungslos gemacht.

Nach § 767 ZPO. sind Einwendungen, welche den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, im Wege der Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen. Sie sind nur soweit zulässig, als sie nach der letzten mündlichen Verhandlung vor der Urteilsfällung entstanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Andererseits ist es aber unerheblich, ob sie vor oder nach der Urteilsfällung entstanden sind; endlich wird ihre Geltendmachung nicht dadurch gehindert, daß das Urteil rechtskräftig ist[48]). Sind sie vor der Urteilsfällung entstanden, ist z. B. nach der letzten mündlichen Verhandlung auf den erhobenen Anspruch verzichtet worden, so könnte man infolgedessen der Meinung sein, daß hier ein weiterer Fall des Zessierens der Rechtskraft vorliegt und daraus den Schluß ziehen, daß die Wirkungslosigkeit der Rechtskraft im Recht nicht so vereinzelt ist.

Die Vollstreckungsgegenklage des § 767 gerät aber keineswegs mit der Rechtskraft in Konflikt. Das Urteil kann die Rechtslage natürlich nur so feststellen, wie sie am Schlusse der mündlichen Verhandlung ist.

Dieselbe Bedeutung, die das unmittelbar nach dem Schlusse der Parteivorträge erlassene Urteil hat, besitzt auch das Urteil, welches erst eine Woche später verkündet wird. Nicht dagegen bezieht sich die feststellende

47) Vgl. aber z. B. auch § 2031 BGB.

48) Das Gesetz unterscheidet nicht.

Wirkung des Urteils auf die Zeit der Fällung desselben. Es ist demnach kein Verstoß gegen die Rechtskraft, wenn geltend gemacht wird, das Urteil sei durch ein nach der Schlußverhandlung eingetretenes Ereignis unrichtig geworden. Einem solchen Ereignis wohnt vielmehr in Bezug auf den Urteilsinhalt die gleiche Bedeutung bei, wie einem nach der Urteilsfällung oder gar nach Rechtskraft eingetretenen. Die Geltendmachung derartiger Einwände — vor oder nach Urteilsfällung eingetretener — mittels Berufung veranlaßt freilich die Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, aber nicht, weil es ursprünglich unrichtig ist, sondern eben, weil auch für das Berufungsurteil die Rechtslage zur Zeit der letzten Berufungsverhandlung maßgebend ist.

Wäre dem nicht so, so wäre im Falle eines rechtskräftigen Feststellungsurteils der Beklagte hilflos. Eine zwischen Schlußverhandlung und Urteilsfällung erfolgte Aufhebung des streitigen Rechtsverhältnisses könnte er nicht im Wege des § 767 geltend machen; denn § 767 bezieht sich nur auf Urteile, bei denen eine Vollstreckung, wenn auch im weiteren Sinne, in Frage kommt. Und im Uebrigen wäre die Geltendmachung, abgesehen von der Wiederaufnahme, wegen der Rechtskraft ausgeschlossen.

Vielmehr kann eine durch Ereignisse der fraglichen Art verursachte Unrichtigkeit des Urteils beliebig auch im Prozeßwege geltend gemacht werden.

Der einzige Zweck des § 767 ist die Beseitigung der Vollstreckungskraft des Titels, die nötig ist, da der Vollstreckungsanspruch unabhängig ist von dem Bestehen des materiellen Anspruchs. Die Rechtskraft selber wird dadurch nicht angetastet, kommt vielmehr zur vollen Wirksamkeit, wenn mittels der Klage nach § 767 ein

Einwand erhoben wird, der vor der letzten mündlichen Verhandlung entstanden ist.

Das wird von Bedeutung für den Versuch Wendt's[49]), eine Anwendung des § 707 zu begründen, durch welche die Vollstreckung eines arglistig erwirkten Urteils beseitigt werden könnte.

Wendt führt aus: In den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen hafte allerdings zum Teil der Grund des Einwands schon an dem Rechtsgeschäft selber, z. B. bei wucherischer Ausbeutung, sei also vor dem entscheidenden Zeitpunkt entstanden; in andern Fällen dagegen nicht, so z. B. bei der Leistung des falschen Parteieides nach Rechtskraft des bedingten Endurteils oder der falschen Vorspiegelung der Ableistung des Parteieides. Allen Fällen sei aber gemeinsam, daß es die Ausübung der Urteilsrechte an sich sei, wogegen sich Vorwurf und Einwendung richteten; der Schuldner wende sich nicht gegen den Bestand des Urteils, als vielmehr gegen die mit der Billigkeit nicht vereinbare Rechtsverfolgung. Ausschließlich das gegenwärtige Verhalten des Gegners werde getadelt, daß er einen in tadelnswerter Weise entstandenen Anspruch geltend mache.[50]) Er müsse sich daher die exceptio doli generalis entgegen halten lassen und diese sei im Wege der Klage nach § 767 geltend zu machen.

Zunächst aber versagt hier die Klage gerade da, wo sie helfen soll[51]), nämlich wenn die Zwangsvollstreckung noch nicht begonnen hat. Denn hier kann

[49]) Arch. f. d. z. Pr. 100 S. 302 fg. 312. Aehnlich auch Geib Rechtsschutzbegehren S. 136.

[50]) es liegt also ein "dolus praesens„ (Geib) vor.

[51]) Wendt S. 312: es müsse gegen die drohende Vollstreckung eine vorbeugende Maßregel gegeben werden, da die Schadensersatzklage nicht genügend helfe.

ja von einer tadelnswerten Geltendmachung des Anspruchs noch nicht die Rede sein. Sie versagt auch, wenn es sich um ein Feststellungsurteil handelt, weil sie, wie schon oben bemerkt, ein vollstreckungsfähiges Urteil voraussetzt. Vor allem aber ist es unrichtig, daß *ausschließlich* das gegenwärtige Verhalten des Gegners getadelt werde. Man kann sich die Behauptung, daß das Urteil arglistig erwirkt und unrichtig ist, aus der Klagebegründung nicht hinwegdenken, ohne daß die Klage zusammenfallen müßte. Der erfolgreichen Geltendmachung dieser Einwände stände aber die Rechtskraft entgegen. Hätte aber die exceptio doli rechtskraftvernichtende Wirkung, dann brauchte man den Umweg des § 767 nicht.

Was die von Wendt angeführten beiden Beispiele angeht, so ist der Meineid nach bedingtem Endurteil ein reiner Restitutionsgrund und im Wege der Restitutionsklage geltend zu machen, oder solange das Läuterungsurteil nicht erlassen ist, durch Beweis des Gegenteils gemäß § 463 ZPO. im Läuterungsverfahren, endlich nach Erlaß, aber vor Rechtskraft des Läuterungsurteils durch Berufung hiergegen[52]). Auch bei der Vorspiegelung der Ableistung des Parteieides[53]) handelt es sich um einen Restitutionsgrund insofern, als das in zweiter Instanz erlassene unbedingte Versäumnisurteil auf dieser Vorspiegelung beruhte. In beiden Fällen war der Einwand also tatsächlich vor der letzten mündlichen Verhandlung, auf die hin das Läuterungs- bezw. Versäumnisurteil erging, entstanden.

b) Ist ein Leistungsurteil arglistig herbeigeführt und rechtskräftig geworden, aber noch nicht vollstreckt,

[52]) Vgl. Seuffert S. 2 696 Bem. 2 Skomitzki-Gelpke 1 S. 1183 Nr. 2

[53]) Rg. Bd. 1 S. 94 fg.

so kann zur Begründung der Klage nur die Behauptung dienen, daß das Urteil arglistig herbeigeführt und d a d u r c h ein Schaden entstanden sei.

Daß auch hier das Reichsgericht, von seinem Standpunkt aus mit Recht, eine Klage aus unerlaubter Handlung zuläßt, ist nicht zu bezweifeln. Wenn es sagt[54]), daß das Urteil vom Gläubiger arglistig erwirkt u n d vollstreckt sein müsse, so will es damit nur die Ansicht ablehnen, daß die bloße Vollstreckung eines unrichtigen Urteils, oder die Vollstreckung eines ohne Wissen des Gläubigers arglistig erwirkten Urteils einen Schadenersatzanspruch begründen könne. Oder mit andern Worten: Das Zessieren der Rechtskraft soll nur demjenigen gegenüber eintreten, der die unerlaubte Handlung begangen hat.

Das Urteil bewirkt, selbst wenn arglistig herbeigeführt, die Entstehung des Vollstreckungsanspruchs. Soll nun durch Klage d i e s e Vollstreckungswirkung beseitigt werden, so müßte beantragt werden, den Beklagten zum Verzicht auf den Vollstreckungsanspruch zu verurteilen; denn erst dann ist der frühere Zustand wiederhergestellt. Ein solcher Verzicht ist aber, wie schon oben bemerkt, nicht möglich.

Es wird aber überhaupt dem Schuldner nur darauf ankommen, die Reflexwirkung, welche der Vollstreckungsanspruch auf ihn hat, zu beseitigen, nämlich die Ausübung desselben zu verhindern. Das kann in der Weise geschehen, daß dem Gläubiger verboten wird, die Vollstreckung herbeizuführen, oder daß ihm geboten wird, die Beitreibung des Anspruchs zu unterlassen. Es

54) Rg. J. W. 12 S. 37 oben S. 68 Nr. 9 Bd. 75 S. 285: "Das Reichsgericht hat auch nicht etwa die Schadenszufügung in der Vollstreckung solcher unrichtiger Urteile gefunden.„

ist zwar in der Theorie bestritten, ob aus einer unerlaubten Handlung auf Unterlassung geklagt werden kann. Soweit kann indessen kein Zweifel bestehen, daß die Klage auf Unterlassung möglich ist, wenn die Unterlassung die Wiederherstellung des früheren Zustandes ist[55]).

Die praktische Durchführung des in dieser Form ergangenen Urteils hat indessen ihre Schwierigkeiten. Beginnt der Gläubiger nämlich trotzdem die Zwangsvollstreckung, so setzt er sich zwar der Zivilstrafe aus; die Einstellung der Zwangsvollstreckung jedoch vermag das Urteil unmittelbar nicht herbeizuführen, da § 775 ZPO. diesen Fall nicht vorsieht. Der Schuldner müßte vielmehr erst auf Grund des Urteils die Zwangsvollstreckungsgegenklage erheben (§ 775 Z. 1) und einen Beschluß nach § 769 erwirken. Klageantrag und Urteil etwa dahin zu formulieren, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde, dürfte schwerlich angehen, denn das wäre nichts anders, als die Vollstreckungsgegenklage selber.

In jedem Falle unrichtig ist die vom Reichsgericht gebilligte Form der Klage auf Feststellung, daß die Zwangsvollstreckung unzulässig sei[56]). Es wird hier ganz vergessen, daß es sich um Schadenersatz, also *Wiederherstellung* des früheren Zustandes, handelt. Die Feststellung setzt voraus, daß ein Recht auf Zwangsvollstreckung, ein Vollstreckungsanspruch nicht besteht, was offensichtlich unzutreffend ist. Der Vollstreckungsanspruch oder seine Reflexwirkung soll vielmehr gerade

[55]) Vgl. *Oertmann* S. 42, 1048 Z. 4. *Hoeniger* D. J. Z. 1905 S. 1005 will eine allgemeine Unterlassungsklage bei drohender Vollstreckung gestatten.

[56]) RG. Bd. 75 und 61, oben S. 62 und 60.

ex nunc beseitigt werden. Auch hier muß überdies zur Einstellung der „unzulässigerweise" begonnenen Zwangsvollstreckung der Weg des § 767 gewählt werden.

Wie aber die Formulierung des Urteils auch lauten mag, so ist doch daran festzuhalten, daß der Schadensersatzanspruch nur dann begründet ist, wenn das Urteil der materiellen Rechtslage nicht entspricht. Treibt der Gläubiger aus einem arglistig erwirkten Urteil bei, so schädigt er den Schuldner dann nicht, wenn der beigetriebene Anspruch gegen den Schuldner besteht. Der „Minderung der Aktiva würde hier eine Minderung der Passiva gegenüberstehen"[57]). Zur Begründung der Klage muß also geltend gemacht werden, daß das erschlichene Urteil unrichtig ist. Es fragt sich also wieder, ob gegenüber dieser Klage die Rechtskraft wirkungslos ist.

c) Der gleichen Behandlung, wie die Leistungsurteile unterliegen die Prozeßurteile, soweit bei ihnen eine Vollstreckungswirkung in Frage kommt, z. B. das Zwischenurteil nach § 135 ZPO. denn auch sie sind, wie wir oben gesehen haben, der materiellen Rechtskraft fähig. Uebrigens wird hier ein Fall, in dem die materielle Rechtskraft praktisch werden würde, verhältnismäßig selten eintreten. § 135 ZPO. entscheidet ja lediglich über den prozeßualen Herausgabeanspruch zwischen den Rechtsanwälten, der ohne Weiteres hinfällig wird, wenn der Prozeß beendet ist. Will dann die Partei die Urkunde zurückerlangen, so kann sie die Klage auf ihren materiellen Herausgabeanspruch stützen, dem dann die Rechtskraft des nach § 135 ergangenen Urteils nicht entgegensteht.

---

[57]) Keinfeller S. 2 II.

Endlich werden auch die Kostenentscheidungen, insbesondere diejenigen Urteile, welche lediglich eine Entscheidung über die Kosten enthalten, wie Leistungsurteile behandelt werden müssen. Wir haben zwar oben gesehen, daß die Kostenurteile im Grunde genommen wie Feststellungsurteile wirken, daß dagegen den Titel für die Vollstreckung die Kostenfestsetzungsbeschlüsse bilden. Es ist aber denkbar, daß derjenige, dem in einem erschlichenen Kostenurteil die Kosten auferlegt sind und gegen den sie dann auf Grund des Festsetzungsbeschlusses beigetrieben sind, klagt mit der Behauptung, es sei ihm durch die Vollstreckung ein Schaden zugefügt. Ein Schaden liegt in diesem Falle nur dann vor, wenn das erschlichene Urteil der materiellen Rechtslage nicht entspricht, d. h. wenn in dem gewöhnlichen Falle des § 99 ZPO. in Wahrheit der Gegner ohne das erledigende Ereignis unterlegen wäre. Die Unrichtigkeit des Kostenurteils ist also Voraussetzung des erhobenen Anspruchs aus unerlaubter Handlung, d. h. aus der gegen die guten Sitten verstoßenden Vollstreckung des Kostenfestsetzungsbeschlusses. Gegen die Zulassung der Klage an sich, · · abgesehen von der Rechtskraft — bestehen von unserem Standpunkt aus keine Bedenken. Zweifelhaft aber wäre, wie das Reichsgericht entschieden haben würde, da hier nicht eine Erschleichung des Vollstreckungstitels in Frage kommt, obwohl sie an sich denkbar wäre (Festsetzung der Kostenhöhe auf Grund gefälschter Unterlagen).

Jedenfalls aber steht von unserem Standpunkt aus der Klage die materielle Rechtskraft des Kostenurteils entgegen.

Das gleiche gilt von den Klagen auf Rückerstattung der gezahlten Kosten, die auf die Unrichtigkeit der Kos-

tenentscheidung eines sachlichen Urteils gestützt sind. Auch diese Unrichtigkeit kann durch Arglist herbeigeführt sein, besonders im Falle des § 93 ZPO.

Hier zeigt sich, wie wichtig die Erkenntnis ist, daß auch die Kostenentscheidungen der materiellen Rechtskraft unterworfen sind.

Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen gegen Kostenentscheidungen, insbesondere Kostenurteile Klagen aus unerlaubter Handlung zulässig sind. Es kann nämlich der Kläger oder Rechtsmittelkläger durch Täuschung oder in sonst arglistiger Weise dazu veranlaßt worden sein, seine Klage oder das Rechtsmittel zurückzunehmen und sich die Kosten durch Urteil auferlegen zu lassen (§ 271 Abs. 3 515, Abs. 3 566 ZPO.). Hier kann der Kläger die bezahlten oder beigetriebenen Kosten mittels Klage nach § 826 auch nach Rechtskraft des Urteils zurück verlangen. Denn zur Begründung der Klage braucht er nicht geltend zu machen, daß das Urteil unrichtig sei, sondern es wird im Gegenteil die Richtigkeit des Urteils bei Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs vorausgesetzt. Daß dies überhaupt möglich ist, erklärt sich daraus, daß die Kostenerstattungspflicht rein formal an die Rücknahme der Klage oder des Rechtsmittels geknüpft ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger in Wirklichkeit der Unterliegende ist, ob die Rücknahme wegen Befriedigung des Anspruchs oder wegen Aussichtslosigkeit der Klage stattfindet. Eine unrichtige Entscheidung über die Hauptsache ist überhaupt nicht möglich, weil die Hauptsache ja als nicht anhängig geworden gilt.

Dagegen würde auch hier wie sonst die Rechtskraft zur Geltung kommen, wenn zur Begründung der Klage behauptet würde, die Kosten hätten dem andern Teil

auferlegt werden müssen. Die Kostenentscheidung sei unrichtig, ein Fall der freilich kaum jemals praktisch werden wird.

2. § 10.

Vollstreckung im weiteren Sinn.

a) Die Vollstreckungswirkung im weiteren Sinne kommt zunächst in Betracht bei denjenigen Urteilen, durch die der Beklagte zu einer Willenserklärung verurteilt worden ist.

Diese Urteile sind indessen nicht anders zu behandeln wie die Leistungsurteile, weil sie eben solche sind[58]). Der Unterschied für die hier behandelte Frage ist der, daß die Vollstreckung von selbst eintritt, daß also eine Klage aus unerlaubter Handlung ebenso wie bei nicht vollstreckten Leistungsurteilen[59]) zur Voraussetzung nur hat, daß das Urteil arglistig herbeigeführt ist.

Bei denjenigen Urteilen, die zu einer Verfügung verurteilen, z. B. zur Abtretung einer Forderung, ist vom Standpunkt der bekämpften Lehre aus ein Schaden offensichtlich, denn unmittelbar mit der Rechtskraft des Urteils ist eine Verminderung des Vermögens des Schuldners eingetreten. Durch Klage nach § 826 BGB. könnte also Wiederherstellung des früheren Zustandes durch Rückübertragung der Forderung oder aber, wenn diese durch Befriedung seitens des Drittschuldners erloschen ist, Entschädigung in Geld verlangt werden (z. B. Zahlung des vom Dritten in Geld Geleisteten). Ist der Schuldner aber auch in Wirklichkeit zur Abgabe der Willenserklärung verpflichtet gewesen, so hat das erschlichene Urteil auf sein Vermögen keine andere

[58]) S. oben S. 43 pp.
[59]) S. oben S. 101 b.

Wirkung als ein auf legalem Wege erlangtes. Der Schuldner kann auch nicht etwa geltend machen, er sei zwar verpflichtet gewesen, es sei ihm aber ein Schaden dadurch entstanden, daß er die Willenserklärung früher habe abgeben müssen, als dies nach dem gewöhnlichen Verlauf zu erwarten gewesen wäre. Denn erstens ist dieser Schaden nicht gleich der Vermögensverminderung durch die Abgabe der Willenserklärung. Zweitens kann sich der Schuldner überhaupt nicht darauf berufen, weil er ohnedies in jedem Augenblicke zur Erfüllung seiner Schuld verpflichtet gewesen wäre. Gewährt doch das Gesetz nicht einmal dann, wenn eine wirklich betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt wird, einen Rückgewähranspruch (§ 813 BGB.)

Wir kommen also wieder auf den alten Punkt zurück, daß ein Schaden nur dann vorliegt, wenn das Urteil unrichtig war, und das kann der Richter wegen der Rechtskraft nicht berücksichtigen[60]).

b) Unlösbaren Schwierigkeiten begegnet die Klage aus unerlaubter Handlung, wenn ein Urteil nach § 1612 Abs. 1 S. 2 BGB., wider die guten Sitten herbeigeführt worden ist, gleichgültig, ob man das Urteil als Urteil auf Abgabe einer Willenserklärung oder als besondere Art auffaßt[61]).

---

[60]) Ein Irrtum ist es, wenn in dem Falle Bd. 78 (oben S. 69 Nr. 10) das Reichsgericht ausführt, es sei für die Frage nach dem Bestehen eines Schadens nicht zu prüfen, ob der Beklagte sachlich im Rechte gewesen sei. Das ist wohl zu prüfen, nur daß die Frage nach dem Rechte des Beklagten bereits im ersten rechtskräftigen Urteil bindend entschieden ist. Die Frage, ob ein Schaden entstanden ist, richtet sich daher danach, ob das erschlichene Urteil die Rechtslage so feststellt, wie sie im ersten Urteil festgestellt ist, oder abweichend, also danach, ob es richtig ist oder unrichtig.

[61]) Vgl. oben S. 45.

Hat der Verpflichtete, zu dessen Gunsten ja die fragliche Bestimmung getroffen ist, ein obsiegendes Urteil erstritten, so würde die Wiederherstellung des früheren Zustandes darin bestehen, daß fortan wieder die Geldrente entrichtet wird.

Klagt aber der Berechtigte auf Feststellung, daß der Verpflichtete nicht berechtigt ist, in Natur zu leisten, sondern verpflichtet ist, eine Geldrente zu zahlen und wird das ergehende Urteil rechtskräftig, so geht das über die Wiederherstellung des früheren Zustandes weit hinaus. Denn ob eine Verbindlichkeit, mag es eine gesetzliche oder vertragliche sein, besteht und ob sie rechtskräftig festgestellt ist, ist zweierlei.

Das gleiche Resultat ergibt sich, wenn der Unterhaltsberechtigte ein Urteil auf unmittelbare Zahlung einer Geldrente erwirkt, denn auch dieses stellt die Verpflichtung zur Zahlung rechtskräftig fest.

Eine Klage etwa auf Feststellung, daß der Unterhaltsverpflichtete nicht berechtigt ist, von dem Urteil Gebrauch zu machen (NB. eine ungesetzliche Art von Vollstreckungsgegenklage!) reicht nicht aus, denn leistet der Verpflichtete trotzdem in Natur, so müßte der Berechtigte doch auf Zahlung der Geldrente klagen.

Hiernach ist die Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich. Also Entschädigung in Geld!

Diese Entschädigung ist entweder gleich der Unterhaltungsrente selber. Dann gilt das oben Gesagte. Oder sie ist gleich Null, und das ist das Zutreffende. Denn gleichgültig, ob der Unterhalt in Geld oder in Natur geleistet wird, so bestimmt sich sein Maß doch immer gleichbleibend nach den Lebensverhältnissen des Bedürftigen (§ 1610 BGB.). Eine etwaige größere Be-

lästigung des Unterhaltsberechtigten durch Naturalleistungen ist wieder an dem Inhalt, der Naturalleistungen auszugleichen, damit der Unterhalt der standesgemäße bleibt. Ein meßbarer Vermögensschaden ist also dem Berechtigten überhaupt nicht entstanden. Und doch fordert die Billigkeit eine Wiederherstellung des früheren Zustandes.

Läßt sich die bekämpfte Theorie aber auch nur an einer Urteilsart nicht durchführen, so beweist das m. E. daß sie unrichtig, daß der einzige Weg zur Wiederherstellung des früheren Zustandes (nämlich der Rechtshängigkeit des erhobenen Anspruchs) die Wiederaufnahme ist. Nur diese ist bei allen Urteilen durchführbar, wo sie überhaupt zulässig ist.

c) Bei Gestaltungsurteilen besteht die Vollstreckung in der bestimmungsgemäßen Rechtsänderung, welche mit der Rechtskraft des Urteils von selber eintritt[62]).

An sich, sollte man meinen, dürfen keine Bedenken bestehen, die Klage aus unerlaubter Handlung auch gegenüber solchen Urteilen zuzulassen, da sie ja auch gegenüber den Urteilen, die zur Vornahme einer Verfügung verurteilen, zugelassen wird. Die Wiederherstellung des früheren Zustandes wäre dann einfach abermalige Aenderung des jetzt bestehenden Rechtszustandes in den früheren, z. B. Neubegründung des erloschenen oder Aufhebung des erzeugten Rechtsverhält-

[62]) Den Gestaltungsurteilen stellt auch hinsichtlich der materiellen Rechtskraft das Reichsgericht den Zuschlagsbeschluß im Zwangsversteigerungsverfahren gleich (Bd. 69 oben S. 67 Nr. 6). Die Aehnlichkeit in der rechtsändernden Wirkung genügt aber noch keineswegs, dem Zuschlagsbeschluß auch die im Ergebnis richtig entschieden, weil die Rechtskraft überhaupt nicht in Frage kam.

nisses, oder wenigstens die Begründung der Verpflich- zu einer solchen Aenderung.

In der Tat erklärt auch das Reichsgericht[63]) in Bezug auf ein Scheidungsurteil, daß die Grundsätze über die Klage aus unerlaubter Handlung auch auf konstitutive Urteile Anwendung finden müßten. Es macht aber zugleich die Einschränkung, daß nicht alle Sätze, welche für Leistungsurteile gelten, auch auf diese Anwendung fänden insbesondere nicht der Satz „daß die Rechtskraft zessieren müsse;" aus der Natur des konstitutiven Urteils ergebe sich, daß eine Rechtsänderung eingetreten sei und eben darin liege die Schadenzufügung.

Das klingt sehr einleuchtend; sicher aber ist, daß das Reichsgericht die Richtigkeit seiner Erwägungen nicht an allen konstitutiven Urteilen geprüft hat, sondern nur an den Scheidungsurteilen; und auch da hat es den wahren Grund der Entscheidung, die dem arglistig geschiedenen Ehegatten eine Unterhaltungsrente zusprach, verkannt. Ueberhaupt fragt sich, was die Anwendung der Grundsätze über erschlichene Leistungsurteile auf konstitutive Urteile noch bedeuten soll, wenn die Rechtskraft hier nicht zessiert. Das Aufhören der Rechtskraft ist ja gerade der springende Punkt.

Betrachten wir diejenigen Urteile, welche einen ehelichen Güterstand beseitigen oder wiederherstellen (§ 1418, 1425, 1468, 1542, 1547 BGB)!

Ist etwa das gesetzliche Güterrecht der Verwaltung und Nutznießung des Mannes durch arglistig erschlichenes Urteil aufgehoben, so ist Gütertrennung eingetreten (§ 1426 Abs. 1). Soll Schadenersatz geleistet werden,

[63]) Bd. 75, oben S. 62 Nr. 8.

so ist auch hier grundsätzlich der frühere Zustand wiederherzustellen, d. h. der Kläger ist verpflichtet, in formgerechter Weise mit dem andern Teil einen Ehevertrag zu schließen, in dem der frühere Zustand wiederhergestellt wird. Unmittelbar den früheren Zustand durch den Prozeß wiederherzustellen, also das alte Güterrecht zu begründen, ist selbstverständlich unmöglich. Rechtsgestaltungsklagen können die Parteien nicht nach Belieben schaffen; es gilt, wie für die dinglichen Rechte, auch hier sozusagen der Grundsatz des numerus clausus. Nur diejenigen Rechtsänderungen, die das Gesetz durch Urteil herbeizuführen ausdrücklich gestattet, können durch Urteil vollzogen werden.

Dagegen steht nichts im Wege, klageweise von dem Schadenersatzpflichtigen die seinerseits zum Vertragsabschluß erforderliche Erklärung zu verlangen. Das rechtskräftige Urteil hierüber in Verbindung mit der noch formgerecht zu beurkundenden Erklärung des Klägers würde dann die gewünschte Rechtsänderung herbeiführen.[64])

Entsprechendes gilt, wenn durch Urteil eine offene Handelsgesellschaft aufgelöst oder eine Gesellschaft aus der offenen Handelsgesellschaft, ausgeschlossen worden ist. Auch hier ist keine Klage möglich auf Begründung einer neuen Gesellschaft oder auf Aufnahme des ausgeschlossenen Gesellschafters, noch viel weniger eine Klage etwa auf Feststellung, daß die Gesellschaft noch besteht oder der Gesellschafter der Gesellschaft noch angehört. Vielmehr

[64]) Also ein erheblicher Unterschied von den (unbegründeten) Klagen auf unmittelbare Herbeiführung des früheren Güterrechts! Jene Klage kann daher keine Rechtsgestaltungsklage sein.

kann auch hier nur geklagt werden auf die zum Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrags, wie des früheren, erforderlichen Erklärungen.

Bei diesen Rechtsgestaltungsurteilen ist nun ohne Weiteres ersichtlich, daß kein Anlaß vorliegt, die Wiederherstellung des früheren Zustandes zu bewilligen, wenn das Urteil der materiellen Rechtslage entspricht. Nur wenn das Urteil unrichtig ist, kann von einem Schaden überhaupt die Rede sein.

Es ist also unzutreffend, wenn das Reichsgericht für die konstitutiven Urteile allgemein behauptet, die Rechtskraft brauche bei einer Schadenersatzklage nicht zu zessieren.

Nichts anderes gilt aber von den Scheidungsurteilen.

Ist ein solches in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt, so kann, wenn Schadenersatz verlangt wird, nicht geklagt werden, auf Abschluß einer neuen Ehe mit dem klagenden Teil; denn es gibt keine klagbare Verbindlichkeit zur Eheschließung. Die Vorschrift des § 1297 BGB., die sich auf ein vertragliches oder vertragsähnliches[65]) Rechtsverhältnis bezieht, muß auch für das unmittelbar auf Gesetz beruhende Rechtsverhältnis zwischen unerlaubt Handelndem und Geschädigtem gelten.

Aus dem gleichen Grunde ist auch ausgeschlossen, eine Verurteilung, sich zu verpflichten, die Ehe einzugehen, also eine Verurteilung, ein Verlöbnis abzuschließen. Diese Verurteilung würde schon aus gesetzlichen Gründen (§ 1297) nicht zur Wiederherstellung des früheren Zustandes führen können.

[65]) oder als was man das Verlöbnis sonst ansehen mag.

Die Wiederherstellung ist also bei arglistig erschlichenen Scheidungsurteilen unmöglich, sodaß gemäß § 251 BGB. derjenige, der das Urteil erwirkt hat, den andern Teil in Geld entschädigen muß. Diese Entscheidung ist natürlich nicht in der Weise möglich, daß für die Ehe als Rechtsverhältnis im Ganzen ein bestimmter Vermögenswert angesetzt wird. Die Ehe mag im einzelnen Fall für den einen oder andern Ehegatten tatsächlich einen Vermögenswert darstellen. Aber das Gesetz kann ihn aus sittlichen Gründen nicht schützen; es kann höchstens die einzelnen vermögensrechtlichen Beziehungen, die kraft Gesetzes aus der Ehe erwachsen, schützen, insbesondere die Unterhaltungspflicht. Als Schadenersatz kann also z. B. verlangt werden die Leistung des durch die Scheidung entgehenden Unterhalts.

Der wirkliche Grund für die Verurteilung zur Zahlung einer Unterhaltungsrente ist also die Unmöglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes[66]) und nicht, wie das Reichsgericht meint, die rechtsändernde Natur des Scheidungsurteils, das in seinem Bestande nicht angetastet werde, sondern alle Wirkungen insbesondere die Scheidungswirkung behalte[67]).

---

[66]) Der Unterhalt ist nach § 1360 BGB. in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise, also in Natur zu leisten, in Geld nur im Falle des § 1361. Verurteilung zur Leistung des Unterhalts in Natur ist aber an sich nicht ausgeschlossen, sodaß also die Wiederherstellung des früheren Zustandes (Naturalimente) eigentlich nicht unmöglich ist. Wenn nicht die Voraussetzungen des § 1361 vor der Scheidung vorgelegen haben, muß man sich so helfen, daß man sagt: die Art und Weise des Naturalunterhalts bestimmt sich nach der konkreten Ehe und diese besteht eben nicht mehr. Hier ist jedenfalls nicht der Ort, solche Schwierigkeiten zu lösen.

[67]) Man möchte fast glauben, daß das Reichsgericht hier formelle und materielle Rechtskraft verwechselt. Eine Aufhebung des Scheidungsurteils kommt allerdings nicht in Frage, wohl aber das Zessieren der Rechtskraft.

Es fragt sich aber sofort: „Kann der arglistig geschiedene und für schuldig erklärte[68]) Ehegatte Unterhalt beanspruchen, wenn tatsächlich ein Scheidungsgrund gegen ihn bestand?

Darauf kann nur entschieden mit „nein" geantwortet werden. Es kann kein Schaden entstanden sein, wenn der Rechtszustand, den das arglistig erwirkte Urteil herbeigeführt hat, auch von dem auf legalem Wege erlangten Urteil herbeigeführt worden wäre. Vielmehr ist auch hier, wie in allen bisher behandelten Fällen, Voraussetzung des erhobenen Schadenersatzanspruchs ein Tatbestandsmoment desselben, die Unrichtigkeit des erschlichenen Urteils. Soll der Klage stattgegeben werden, so muß demnach auch hier die Rechtskraft zessieren.

Auch das Reichsgericht hat anerkannt, daß das Schicksal der Schadenersatzklage, von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urteils abhängig ist und es meint, diese Unrichtigkeit könne erörtert werden, da die Rechtskraft nicht eine solche Bindung bedeute, daß dem Richter eine andere Beurteilung des Urteils (vielmehr der ihm zu grunde liegenden Sach- und Rechtslage) verschlossen sei. Es handelt sich aber nicht blos darum, die Unrichtigkeit zu erörtern – das verbietet allerdings auch die Rechtskraft nicht – sondern der Richter soll davon ausgehen, daß das Urteil unrichtig ist, die Unrichtigkeit zur Grundlage seiner Entscheidung machen. Und d a s verbietet die Rechtskraft. Wenn man den Erwägungen

---

[68]) Das ist die Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs, denn im andern Falle hat ja der arglistig geschiedene Ehegatte den Unterhaltungsanspruch nach § 1578 fg. Es kommt dann blos die Beseitigung der übrigen vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung in Betracht (Verlust der Nutznießung am Vermögen der Frau). Es wäre abzuwarten, wie das Reichsgericht in solchen Fällen entscheiden wird.

des Reichsgerichts folgt, so muß man den Rechtsgestaltungsurteilen die materielle Rechtskraft überhaupt absprechen[69]).

Das von den Scheidungsurteilen Gesagte läßt sich auch auf die auslösenden Urteile speziell auf die Ehenichtigkeitsurteile übertragen.

Durch das Urteil wird die Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe zulässig. Die Wiederherbeiführung der Unzulässigkeit der Geltendmachung dürfte unmöglich sein. Selbst ein Verbot an den betreffenden Ehegatten würde nichts helfen; außerdem hat das Urteil erweiterte Rechtskraft. Man müßte schon annehmen, daß der von der unerlaubten Handlung betroffene die Geltendmachung der Nichtigkeit durch die Einrede der unerlaubten Handlung entkräften könnte. Das wäre aber wieder keine Klage auf Herbeiführung des früheren Zustandes. Es kann also nur Entschädigung in Geld eintreten und diese kann eben auch hier nur verlangt werden, wenn das erschlichene Urteil unrichtig ist.[70])

3. Anhang.

Es ist denkbar, daß ein Dritter ein Urteil in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt hat, z. B. ein Zeuge durch Falscheid und daß im Bewußtsein dessen derjenige, zu dessen Gunsten das Urteil ergangen ist, es vollstreckt.

Es kann gar nicht zweifelhaft sein, daß vom Standpunkt des Reichsgerichts auch hier eine Klage aus uner-

[69]) Oben S. 12 pp.

[70]) Uebrigens wird gerade bei Ehenichtigkeitsurteilen wegen des weitgehenden Offizialbetriebs (§ 617, 634 ZPO.) die Möglichkeit einer Erschleichung gering sein.

laubter Handlung gegen die frühere Partei begründet ist.[71]) Das Reichsgericht hat allerdings mehrfach ausgesprochen, daß das Urteil arglistig herbeigeführt und vollstreckt sein müsse. Hiermit will es jedoch, worauf schon oben hingewiesen wurde, nur den Gegensatz zur bloß bewußten Vollstreckung eines unrichtigen Urteils ausdrücken: Von der wissentlichen Vollstreckung eines durch einen Dritten arglistigerweise unrichtig gemachten Urteils bis zur Vollstreckung eines unrichtigen Urteils im Bewußtsein der Unrichtigkeit ist nur ein Schritt. Auch dies ist m. E. eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung. Man frage jeden Menschen von normalem sittlichem Empfinden, ob er es für anständig hält auf ein unrichtiges Urteil gestützt etwas zu erfordern, worauf er in Wirklichkeit keinen Anspruch hat. Ein Grund, die Klage aus unerlaubter Handlung hier auszuschließen, läßt sich nicht finden als höchstens der Grund, daß man das Zessierenlassen der Rechtskraft nicht zu weit treiben darf. Die Beschränkung der Klage auf arglistig erwirkte Urteile ist eine willkürliche und daß sie gemacht wird, beweist wohl zur Genüge, wie es mit der bekämpften Theorie steht.

Jedenfalls aber kann auch hier der Klage gegen die Partei nur stattgegeben werden, wenn man die Rechtskraft aufhören läßt.

Der Fall in RG. Bd. 67[72]) lag etwas anders. Hier hatte die Mutter des unehelichen Kindes durch Falscheid das Urteil, welches den Beklagten zur Alimentenzahlung verurteilte, erwirkt. Die Vollstreckung

[71]) Vgl. den Fall in Bd. 46 oben S. 65 Nr. 3, wo umgekehrt die Vollstreckung von einem Dritten, der den Sachverhalt kannte, ausging, nämlich vom Rechtsnachfolger.

[72]) oben S. 61 Nr. 5.

konnte natürlich nur vom Vormund betrieben werden. Also war es ein Vierter, der die schädigende Handlung begangen hatte. Das Reichsgericht hat die Klage gegen das Kind auf Unterlassung der weiteren Vollstreckung abgewiesen, weil demjenigen kein Schaden zugefügt werde, der zur Erfüllung eines Anspruchs aus einem Urteile angehalten werde.[73]) Mit dieser Begründung hätte das Reichsgericht auch in allen übrigen Fällen die Schadenersatzklage abweisen können. Vermutlich haben hier nicht im Urteile niedergelegte, halb unbewußte Billigkeitserwägungen eine Rolle gespielt. Die vom sonst vertretenen Standpunkt des Reichsgerichts einzig denkbare und richtige Begründung wäre die gewesen, daß dem Kinde eine etwaige unerlaubte Handlung seines gesetzlichen Vertreters nicht zur Last fallen könne, daß eine solche unerlaubte Handlung überhaupt nicht vorliege, weil der Vormund vermöge seines Amtes die Interessen des Kindes wahrgenommen habe.[74])

Dagegen liegt die Sache anders, wenn die Klage gegen den Dritten gerichtet wird, der das Urteil in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erwirkt hat.

Daß dieser vorsätzlich einen Schaden zugefügt hat, ist klar, denn er hat mindestens vorausgesehen und in Kauf genommen, daß das Urteil vollstreckt werden würde, wenn nicht gar gewollt. So hätte im soeben erwähnten Falle eine Klage gegen die Mutter auf Leistung von Schadenersatz durchdringen müssen. Die Rechtskraft steht hier nicht entgegen, da nicht die Parteien des

[73]) Das Reichsgericht steht also hier, wie auch sonst zuweilen, auf dem Boden der materiellrechtlichen Theorie von der Rechtskraft.

[74]) Ob das Kind überhaupt schuldfähig im Sinne des § 827 BGB. war, ist aus dem Urteil nicht ersichtlich.

Vornrozesses prozessieren. Der Richter darf also die Unrichtigkeit des erschlichenen Urteils seiner Entscheidung zugrunde legen.

Freilich wird der Schadenersatz in solchen Fällen in einer Geldleistung bestehen, da eine Wiederherstellung des früheren Zustandes durch einen Dritten nicht möglich ist.

Derselbe Fall zeigt uns übrigens auch, daß auch ein Dritter (abgesehen vom Rechtsnachfolger) die Schädigung durch Vollstreckung begehen kann. Die Frage, ob er schadenersatzpflichtig ist, hängt davon ab, ob ihm ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, was, wie bemerkt, beim Vormund nicht der Fall sein dürfte. Jedenfalls aber würde auch hier der Schadenersatzklage die Rechtskraft nicht entgegenstehen.[75])

Endlich bleibt noch kurz der Fall zu erörtern, daß durch die Vollstreckung eines von einer Partei oder von einem Dritten arglistig herbeigeführten Urteils ein Dritter geschädigt[76]), z. B. ein Gläubiger durch Entziehung eines pfändbaren Vermögensstücks, der Vater oder Ehegatten durch Verlust des Genußrechts am Kindes- oder Frauenvermögen usw. Hier kann eine Schädigung wohl auch dann vorliegen, wenn das erschlichene Urteil richtig ist, sofern nur die Voraussetzungen des § 826, insbesondere die subjektiven, vorliegen[77]). Dann kommt schon aus diesem Grunde die Rechtskraft nicht in Betracht. Aber auch im anderen Falle steht die Rechts-

[75]) Der Schadensersatz ist dagegen zu versagen vom Standpunkt Kleinfellers und Hamburgers aus, die die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 823 ff. leugnen. Darüber oben S. 70.

[76]) Darüber oben S. 50.

[77]) Das dürfte übrigens selten der Fall sein, so daß die Frage kaum praktisch werden dürfte.

kraft nicht entgegen, weil Parteien prozessieren, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt. Eine Beseitigung der Vollstreckungswirkung wird übrigens auch hier meist nur in Geld möglich sein.

§ 11.

Beseitigung der Rechtskraftswirkung.

(Feststellungsurteile und festsetzende Urteile).

1. Eine Vollstreckungswirkung kommt bei denjenigen Urteilen nicht in Betracht, die sich in der Rechtskraftswirkung erschöpfen, bei den Feststellungsurteilen.

Auch ein Feststellungsurteil kann arglistig erschlichen werden, besonders in der Weise, daß der Beklagte durch irgend welches sittenwidriges Verhalten, z. B. Meineid, die Abweisung der Klage herbeiführt. Ein derartiger Fall ist dem Reichsgerichte noch nicht zur Entscheidung unterbreitet worden. Und das ist zu bedauern, denn der höchste Gerichtshof würde infolge der Schwierigkeiten, die sich der Durchführung seiner Theorie entgegenstellen, vielleicht geworden sein. Bei den Feststellungsurteilen ist es nämlich klar, daß es neben der formellen Beseitigung des Urteils mitsamt der Rechtskraft durch Wiederaufnahme des Verfahrens nicht ein einfaches Zessieren der Rechtskraft geben kann.

Nehmen wir an, der Beklagte habe arglistigerweise die Abweisung der Klage auf Zahlung einer bestimmten Summe herbeigeführt und das Urteil sei rechtskräftig geworden. Die hier nach der Auffassung des Reichsgerichts zweifellos begründete Klage auf Schadenersatz ist offenbar wieder auf Zahlung der nämlichen Summe zu richten, nur mit dem Unterschied, daß jetzt behauptet wird, es sei dem Kläger ein Schaden in Höhe des früher

geltend gemachten Anspruchs entstanden. Eine andere Form der Schadenersatzklage ist nicht denkbar. Hier kann man den Einwand nicht machen, es könne die Feststellungswirkung nicht beseitigt werden, sondern es müsse Entschädigung in Geld eintreten, also nur eine „Abschwächung des an sich bestehen bleibenden Urteils". Gerade deshalb ist das Beispiel von der Klage auf Zahlung einer bestimmten Summe gewählt.

Der Richter sieht die Schadenersatzklage als begründet an, läßt die Rechtskraft sein und verurteilt den Beklagten zur Zahlung der betreffenden Summe; dadurch erlangt der Kläger rechtskräftige Feststellung seiner Forderung unter dem Schein einer Schadenersatzforderung. In welcher Weise hätte sich das Wiederaufnahmeverfahren abgespielt?

Angenommen, die Klage sei auf § 580 Z. 4 ZPO. gestützt und sowohl nach § 581, 582 zulässig als auch begründet. Die Hauptsache wird also neu verhandelt, das alte Urteil aufgehoben und der Beklagte zur Zahlung der betreffenden Summe verurteilt! Also der gleiche Erfolg, wie der mit der Klage aus § 826 erreichte, nur daß die Forderung nicht als Schadenersatzforderung, sondern in ihrer ursprünglichen Gestalt rechtskräftig festgestellt wird. Sind die Fristen für die Wiederaufnahme abgelaufen, oder ist derjenige, der das Urteil in strafbarer Weise herbeigeführt hat, wegen Mangels an Beweisen freigesprochen, oder liegt gar eine strafbare Handlung überhaupt nicht vor, so ist die Wiederaufnahme ausgeschlossen. Sie ist auch nicht notwendig, denn der zu Unrecht abgewiesene Kläger kann die Verurteilung des Beklagten doch noch auf einfacherem Wege erreichen!

Ist andererseits ein Urteil erschlichen, durch welches positiv ein Rechtsverhältnis festgestellt wird, so ergeben sich für die Durchführung der Schadenersatzklage ähnliche Schwierigkeiten.

Die Klage kann natürlich nicht gehen auf Feststellung, daß das festgestellte Rechtsverhältnis nicht besteht. Denn das wäre mehr als die Wiederherstellung des früheren Zustandes, der gerade in der Ungewißheit der Existenz der Rechtsverhältnisses bestand. Nur die durchgeführte Wiederaufnahme würde Abweisung der Klage und damit Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses erzielen. Es ist also nur Entschädigung in Geld möglich.

Abgesehen aber von der Schwierigkeit, diese Entschädigung richtig zu bemessen, vermag die Klage die Rechtskraft nicht zu beseitigen. Sie soll es ja auch nicht, da nach der Ansicht des Reichsgerichts nur eine Abschwächung der Wirkungen des „an sich" bestehen bleibenden Urteils erzielt werden soll. Der Kläger, der das Feststellungsurteil erschlichen hat, kann also ungestört auf Grund der rechtskräftigen Feststellung nach Fälligkeit des Anspruchs die Leistungsklage erheben. Dieser muß dann stattgegeben werden, es sei denn, daß man dem Beklagten gestattet, die exceptio doli zu erheben und auf Grund der exceptio dann die Rechtskraft des Feststellungsurteils aufhören läßt.

Das wäre aber wirklich der Höhepunkt der bekämpften Theorie, denn es bedeutete nichts mehr und nichts weniger, als daß die arglistig erschlichene Feststellungsurteile der Rechtskraft nicht fähig sind, nur daß der Mangel der Rechtskraft nicht von Amtswegen zu berücksichtigen wäre.

Was aber von Feststellungsurteilen gilt, muß von allen anderen Urteilen gelten, denn es ist nicht einzusehen, weshalb die arglistige Erschleichung des Urteils auf die sonstigen Urteile eine andere Wirkung haben sollte, als auf die Feststellungsurteile. Ein Ehescheidungsurteil, das der Amtsrichter gefällt hat, ein Urteil, das anstatt drei, nur zwei Richter erlassen haben (§ 579 Z. 1. ZPO.), ist der Rechtskraft fähig, dagegen nicht ein Urteil, das arglistig erwirkt ist!

Es gibt auch sonst noch eine Kategorie von Urteilen, die der Rechtskraft nicht teilhaftig werden können, nämlich die absolut nichtigen Urteile. Auch ein Urteil, das ein Referendar unbefugt gefällt hat, enthält einen Ausspruch über die Beziehungen zwischen Tatbestand und Rechtssätzen, wird aber niemals materiell rechtskräftig. Mit diesen Urteilen steht das arglistig herbeigeführte Urteil dann auf einer Stufe[78]).

Aehnlich ist die Rechtslage bei denjenigen Leistungsurteilen, die der Vollstreckungsfähigkeit entbehren. (oben S. 41 fg.) Wird auf Grund des Urteils, welches zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft verurteilt, die Ehescheidungsklage erhoben, so kann die Rechtskraft des ersteren Urteils offenbar mit

[78]) Leider wird neuerdings von Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses 1914 S. 236, 237, wirklich die Behauptung aufgestellt, arglistig erschlichene Urteile hätten keine Rechtskraft. Diese, ohne den Versuch einer Begründung wiedergegebene Ansicht, ist kaum mehr diskutabel. Sie beseitigt die Rechtskraft nicht nur gegenüber dem arglistig Handelnden, sondern Allen gegenüber, auf die sie sich sonst erstrecken würde. Inwiefern das die Billigkeit erfordert, ist nicht ersichtlich. Geht man soweit, so muß man auch den Schritt tun und sagen: ein arglistig erwirktes Scheidungsurteil scheidet nicht, ein erschlichenes Gütertrennungsurteil trennt die Güter nicht, ein erschlichenes Ehenichtigkeitsurteil bewirkt nicht Zulässigkeit der Geltendmachung der Ehenichtigkeit. Wohin soll das führen?

der exceptio doli beseitigt werden. Ebenso wenn das Urteil, welches zur Leistung von Diensten verurteilt, zur Geltendmachung des Interesseanspruchs benutzt wird.

2. Endlich läßt sich das von den Feststellungsurteilen Gesagte auch auf die *festsetzenden Urteile* anwenden in den Fällen, in denen sie blos die Leistung bestimmen und nicht zugleich zu derselben verurteilen.

Ist z. B. durch erschlichenes Urteil nach § 315 oder 319 BGB. die Leistung bestimmt, so läßt sich der frühere Zustand natürlich nicht dadurch herstellen, daß auf die Leistung selbst verzichtet wird, sondern nur dadurch, daß durch Parteivereinbarung die festsetzende Wirkung des Uebels an sich aufgehoben wird. Das wäre aber nichts anderes, als Verzicht auf die Rechtskraft. Es widerspräche den Zwecken der Zivilrechtspflege, wenn die Parteien ständig auf die festsetzende Wirkung des Urteils verzichten und eine neue Entscheidung begehren könnten. Ebensowenig kann in denjenigen Fällen, in denen eine geschuldete Leistung herabgesetzt wird (§ 343 BGB. u. a.) ein Verzicht auf die herabsetzende Wirkung des Urteils erfolgen. Macht der Gläubiger einer Vertragsstrafe, die durch erschlichenes Urteil herabgesetzt ist, dieselbe in der ursprünglichen Höhe geltend, so kann er nicht verhindern, daß ihm die Rechtskraft des herabsetzenden Urteils entgegengehalten wird. Bei den reinen festsetzenden Urteilen ist also die Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich, und es gilt dann das von den Feststellungsurteilen Gesagte.

Nebenbei gesagt, beweist diese Eigentümlichkeit, die *allen* festsetzenden Urteilen eigen ist, daß sie keine konstitutiven Urteile sind. Bei diesen ist, wie wir oben sahen (S. 111, 112) eine Wiederherstellung des frühe-

ren Zustandes durchaus möglich, mit der alleinigen Ausnahme der Ehescheidungsurteile, wo das Gegenteil sich aus positiven gesetzlichen Bestimmungen ergibt. Man kann also auch nicht sagen, daß die neue Lehre Kischs ohne praktische Bedeutung wäre.

Führt aber die Schadenersatzklage bei Feststellungsurteilen und bei festsetzenden Urteilen zu derartigen Konsequenzen, so muß sie als unstatthaft gelten. Denn es ist nur eine Möglichkeit gegeben: entweder ist die Klage bei allen Urteilen zuzulassen oder überhaupt nicht.

III. § 12.

Verschiedene Versuche.

1. Jellinek[79]) will die Klage aus § 826 dann zulassen, wenn die Rechtskraft in arglistiger Weise herbeigeführt ist, durch Erschleichung der öffentlichen Zustellung, die Zustellung an die unerfahrene Partei in sicherer Voraussicht ihrer Untätigkeit[80]), die Verleitung des leichtsinnigen Gegners zum Rechtsmittelverzicht und dergleichen. Diese Handlungen seien, so führt Jellinek aus, nicht nur unsittlich, sondern sie könnten auch als solche vor Gericht geltend gemacht werden, da das rechtskräftige Urteil unter keinen Umständen irgend eine nach der letzten mündlichen Verhandlung vorgefallene Tatsache zu decken imstande sei. Durch die Handlung sei ein Schaden zugefügt, denn jedes Urteil, gleichgültig ob richtig oder unrichtig, sei vor dem Eintritt der Rechtskraft weniger wert, als nachher, da es immer

[79]) Der fehlerhafte Staatsakt S. 496 Nr. 3.

[80]) Ob das unsittlich ist, kann freilich zweifelhaft sein, da das Urteil doch einmal zugestellt werden muß und der Kläger nicht warten kann, bis die Partei ihre Unerfahrenheit abgelegt hat.

im Instanzenzug aufgehoben werden könne. Demgemäß könne der Richter gemäß §826 das Urteil dahin erlassen, daß der klägerische Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werde. Dieses Urteil reiße in die Rechtskraft eine Bresche. Hiernach habe der Beklagte den vor der Rechtskraft bestehenden Zustand wieder herzustellen, oder da dies unmöglich sei, in Geld Entschädigung zu leisten, deren Höhe sich nach dem Wert des noch nicht rechtskräftigen Urteils bemesse. Dieser wieder ergebe sich aus einer Vergleichung des Urteils mit der materiellen Rechtslage, über die es entschieden habe. Denn jetzt stehe zwischen Vergangenheit und Gegenwart nicht mehr die Rechtskraft, welche den Richter gezwungen habe, das Urteil als richtig anzuerkennen. Im Erfolge müsse also derjenige, der arglistig eine nicht bestehende Forderung habe rechtskräftig werden lassen, die ganze Summe zurückerstatten. Mit dieser Schadensersatzforderng könne der Geschädigte gegen die Urteilsforderung aufrechnen und nunmehr den daraus hergeleiteten Einwand gegen den Urteilsanspruch im Wege der Vollstreckungsgegenklage geltend machen.

So einfach und einleuchtend dieses Ergebnis erscheint, so kann es nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Beseitigung der Rechtskraft nur eine scheinbare ist, daß die Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs[81]) nicht zu dieser Beseitigung benutzt werden kann. Wenn es auch richtig sein mag, daß die Rechtskraft eines Urteils einen Vorteil für den Gläubiger und einen Nachteil für den Schuldner bedeutet, so ist doch nicht zu verkennen, daß nicht jeder Nachteil auch ein Schaden ist. Der Schuldner, der zahlt, erleidet auch einen Nachteil, einen Schaden aber nur, wenn er zur

[81] oder soll es ein gewöhnliches Feststellungsurteil sein?

Zahlung nicht verpflichtet ist, wenn also der Zahlung nicht auch ein Erlöschen der Schuld gegenüber steht. Wenn ein Urteil richtig ist, so ist eine Schädigung des Schuldners ebensowenig dann vorhanden, wenn die Rechtskraft auf normalem Wege herbeigeführt ist, wie wenn sie arglistig erschlichen ist. Demjenigen, der objektiv verpflichtet ist, geschieht kein Unrecht, wenn er erfüllen muß, ohne daß er die Möglichkeit hat, sich dagegen zu wehren. Wenn man sagt, ein Nachteil liegt darin, daß der Unterlegene hoffen konnte, mit einem Rechtsmittel durchzudringen, so hieße das auf einen möglichen Irrtum des zweiten Richters spekulieren.

Ist also ein Schaden nur bei Unrichtigkeit des Urteils vorhanden, so kann die Feststellung der Schadensersatzpflicht durch Vorabentscheidung oder gewöhnliches Feststellungsurteil nur erfolgen, wenn man hier die Rechtskraft zessieren läßt.

In keinem Falle aber ist die Vorabentscheidung imstande, die Rechtskraft zu beseitigen, wie etwa das Urteil im Wiederaufnahmeverfahren; denn solange ein formell rechtskräftiges Urteil nicht inhaltlich aufgehoben ist, ist es auch materiell rechtskräftig. Dies gilt erst recht dann, wenn man, wie Jellinek, annimmt, bei der Fällung der Entscheidung nicht davon auszugehen braucht, daß das vorhergehende Urteil unrichtig ist. Wenn sich das Urteil überhaupt nicht mit der Rechtskraft beschäftigt, so ist unerfindlich, wie es die Rechtskraft beseitigen soll. Wird daher auf die Feststellung der Schadensersatzpflicht hin die Vollstreckungsgegenklage erhoben, so würde dieser immer noch die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen, da auch nach Jellinek hier eine „Vergleichung des Urteils mit der materiellen Rechtslage" stattzufinden hätte. Und doch ist die Voll-

streckungsgegenklage nur dazu da, Einwendungen zur Geltung zu bringen, welche das Urteil nach der letzten mündlichen Verhandlung unrichtig gemacht haben.

Es ist allerdings ein Uebelstand, daß eine Erschleichung der Rechtskraft ohne Folgen bleiben sollte. In gewissem Umfange läßt sich Abhülfe schaffen, indem man den § 80 Z. 4 ZPO. auch auf die Erschleichung der Rechtskraft durch eine strafbare Handlung ausdehnt. Um eine analoge Ausdehnung würde es sich genau genommen hierbei nicht einmal handeln, sondern nur um eine Auslegung des Gesetzes. Denn da das Urteil überhaupt erst wirkt, wenn es rechtskräftig geworden ist, so ist es auch dann „er" wirkt, wenn die Rechtskraft erwirkt ist.

2. Noch einen Schritt weiter als Jellinek geht Dalberg[82]), indem er schon das infolge eines Prozeßdelikts ergangene Urteil, ohne Rücksicht, ob es rechtskräftig ist, als einen Schaden für den Schuldner ansieht, gleichgültig, ob es richtig ist oder nicht.

Ohne Frage, führt Dalberg aus, befinde sich ein Schuldner, welcher schulde und sicher verurteilt werde, in einer günstigeren Lage als derjenige, der schon verurteilt sei. Der Unterlegene sei in jedem Falle geschädigt um die Gewinnchance, die vorher noch bestanden habe[83]). Der Gläubiger habe auch kein Recht, das ihm Zukommende sich durch eine unerlaubte Handlung zu verschaffen. Gegen die so gefaßte Klage könne der Einwand der Rechtskraft nicht erhoben werden; denn die Frage, ob der Schuldner schulde oder nicht, werde gar nicht berührt. Es handle sich nicht, "wenigstens zunächst

82) Z. f. z. Pr. 40. S. 32 III. S. 37.
83) Dalberg R. 1911. S. 196.

nicht„ um ein erneutes Infragestellen des in Rechtskraft übergegangenen Anspruchs, sondern um einen ganz anderen Anspruch mit neuem Klagegrund und Gegenstand[84]). Wer durch Delikt ein Urteil erwirkt habe, müsse nicht nur auf die Geltendmachung des Urteils, sondern auf das Urteil selbst, auf seine Rechtskraft und seine Vollstreckbarkeit verzichten, um gemäß § 249 BGB. den Zustand vor dem deliktischen Verhalten herzustellen. Es müsse das ganze alte Verfahren ausgelöscht und ein etwaiger neuer Prozeß angestrengt werden. Sei das Urteil vollstreckt, so sei der Wert des dem Schuldner Entzogenen als Schadensersatz herauszugeben. Sei die Vollstreckung im Gang, so müsse die actio doli in der Form der Vollstreckungsgegenklage erhoben werden nach dem noch heute geltenden Satze: dolo facit, qui petit quod rediturus est.

Alles was zu der Ansicht Jellinek's gesagt worden ist, könnte auch hier gesagt werden. Auch hier liegt ein Schaden ganz zweifellos nur vor, wenn das Urteil unrichtig ist[85]). Klagt der dolos aber materiell mit Recht Besiegte auf Leistung des Werts, des durch die Vollstreckung Entzogenen oder erhebt er die Vollstreckungsgegenklage, so könnte man gerade ihm entgegenhalten: dolo facit, qui petit quod rediturus est. Denn dasjenige, was er jetzt mittels Klage zurückverlangt, müßte er ja kraft seiner materiellrechtlichen Verbindlichkeit jeden Augenblick leisten. Also nur wenn eine solche Verbindlichkeit nicht besteht, kann man die Urteilssumme als Schadenssumme bezeichnen. Liegt aber ein Schaden nicht vor, so kann auch kein Verzicht auf die Rechtskraft oder das Vollstreckungsrecht verlangt werden.

[84]) ebenso Görres, Z. f. z. Pr. 34. S. 22. Anm.: 36.
[85]) Stein I. S. 817. Neumann, Jahrb. 9. S. 721. Nr. 35; Heim S. 292.

Abgesehen davon setzt die Ansicht Dalbergs ohne weiteres voraus, daß ein solcher Verzicht überhaupt möglich ist, was, wie wir oben gesehen haben, nicht der Fall ist.

3. Zu erwähnen ist noch die Ansicht von Wienstein[86]). Ohne Rechtsstreit kein Urteil, da der Prozeß die staatliche Einrichtung zur Erledigung von Rechtsstreitigkeiten sei. In Wahrheit sei also in derartigen Fällen das Urteil eine leere Form geblieben, da kein Rechtsstreit entschieden sei; der Kläger habe in doloser Weise eine Entscheidung verhindert. Daher sei § 826 anzuwenden, dem keine Rechtskraft entgegenstehe.

Durch diese Erwägung würde allerdings die Rechtskraft radikal beseitigt werden. Wo aber ein Urteil ist, da ist auch ein Rechtsstreit entschieden. Ein Prozeß besteht nicht in Gedanken, sondern in Handlungen, und diese können nie und nimmer ausgelöscht werden. "Man kann niemals sagen: "nihil actum est.„[87]). Mit der von Wienstein gegebenen Begründung könnte man auch die Rechtskraft der Versäumnisurteile leugnen, denn auch hier hat ein "Streit„ nicht stattgefunden; derjenige, gegen den das Versäumnisurteil ergangen ist hat eine Entscheidung über einen Streit verhindert, wenn auch nicht dolos. In dem Verfahren, in dem ein Anerkenntnisurteil ergeht, besteht sogar positiv allgemeine Uebereinstimmung. Und doch hat das Anerkenntnisurteil materielle Rechtskraft.

Auch Dernburg hat in einem längeren Aufsatze[88]) die Ansicht des Reichsgerichts verteidigt, ohne

86) R. 1910. S. 681.
87) Neumann 9. S. 721. Nr. 2.
88) D. J. Z. 05. S. 465. ff.

jedoch eine von der des letzteren abweichende Begründung zu geben. Im wesentlichen ist für ihn maßgebend das Interesse an der Gerechtigkeit und Billigkeit der Entscheidung, das höher stehe als die Rücksicht auf die materielle Rechtskraft.

4. Endlich bedarf es noch einer kurzen Auseinandersetzung mit Reichel[89]), der gegenüber einem arglistig erwirkten Urteile nicht nur die actio doli, sondern auch die condictio ex iniusta (turpi) causa zulassen will, unter bewußter Verletzung der Rechtskraft. Er gibt drei Gründe an: 1. Sozialteleologische Erwägungen müssen die logische Konsequenz der Unantastbarkeit der Rechtskraft einschränken. Die dolos handelnde Partei verdiene den Schutz der Rechtskraft nicht. Andererseits beruhe die These von der materiellen Unanfechtbarkeit des rechtskräftigen Urteils nur auf Gewohnheitsrecht; eine Ausnahme sehe sie nicht vor. Diese Ausnahme aber würde haben statuiert werden müssen, wenn der Fall in gebührende Erwägung genommen wäre, denn sie entspreche grundlegenden Postulaten materieller Gerechtigkeit. Sache der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sei es, diese Lücke aufzufüllen.

2. Eine zweite Möglichkeit, die Zulassung einer actio doli zu begründen, findet Reichel in § 162 BGB. Man solle diese Bestimmung auf Rechtsbedingungen ausdehnen und sie dann auf das Rechtskraftproblem entsprechend anwenden.

3. Eine dritte Möglichkeit endlich bietet nach Reichel die Annahme, das die Praxis des Reichsgerichts derogierendes Gewohnheitsrecht geschaffen habe.

---

[89]) Rechtskraft unud ungerechtfertigte Bereicherung 1913 S. 78 ff. 88. ff.

Um mit dem Letzten zu beginnen, so ist einmal klar, daß die Praxis des höchsten Gerichts allein kein Gewohnheitsrecht schaffen kann. Es kommt auch darauf an, wie sich die unteren Gerichte zu dieser Práxis stellen. Sodann würde sich immer noch fragen, ob diese Praxis nicht gegen das Gesetz verstößt, und ob Gewohnheitsrecht Gesetzesrecht derogieren kann.

Was den zweiten Grund angeht, so braucht man, um seine Unhaltbarkeit einzusehen, sich nur die Konsequenzen auszudenken, die eintreten, wenn etwa zwischen zwei geschiedenen Ehegatten das Scheidungsurteil als nicht erlassen fingiert wird, im Verhältnis zu Dritten (z. B. zu Kindern) dagegen nicht. Der dolos behandelte Ehegatte wäre hiernach voll unterhaltsberechtigt und auch seine Rechte aus dem ehelichen Güterrecht beständen fort. Eine actio doli auf Beseitigung der Scheidungswirkungen wäre gar nicht nötig.

Der erste Grund, um den sich überhaupt die ganzen Erörterungen Reichels drehen, ist kein juristischer Grund. Es handelt sich um die nämlichen Billigkeitserwägungen[90]), die auch sonst die Anhänger des Reichsgerichts und dieses selber, anstellen, und die immer dazu führen können, geltendes Recht beiseitezuschieben.

IV.

§ 13.

Beseitigung der Nebenwirkungen.

Einer kurzen Erörterung bedarf noch die Frage, ob die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile einer Beseitigung durch eine Klage aus unerlaubter

---

90) Vgl. Reichel, S. 85, woselbst die Erwägungen des Reichsgerichts nur weiter ausgesponnen sind.

Handlung unterliegen. Diese Frage ist sehr ausführlich von Kuttner[91]) behandelt worden, so daß auf ihn verwiesen werden könnte. Man kann jedoch nicht in allen Punkten seiner Ansicht beistimmen.

Der Inhalt der Ausführungen Kuttners ist kurz folgender:

Die Nebenwirkungen der Urteile treten ein, gleichgültig ob das Urteil richtig ist oder nicht; und zwar können weder die Parteien, noch Dritte, die von den Nebenwirkungen betroffen werden, den Einwand der Unrichtigkeit erheben. Anders jedoch wenn das Urteil arglistig erwirkt ist. Das Urteil ist nämlich eine Bedingung der Nebenwirkung, wenn die Parteien diese an das Urteil geknüpft haben, oder aber als Bedingung zu behandeln, wenn das Gesetz den Eintritt der Nebenwirkung bestimmt. Im Falle der arglistischen Erwirkung des Urteils kommt daher § 162 Abs. 2 BGB. zur unmittelbaren oder entsprechenden Anwendung, wonach der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt gilt, wenn er wider Treu und Glauben herbeigeführt ist.

1) Was die Nebenwirkungen unter den Prozeßparteien angeht, so ist unzweifelhaft zutreffend, daß der Eintritt der Nebenwirkungen unabhängig davon ist, ob das Urteil richtig oder unrichtig ist. Das hat Kuttner mit triftigen Gründen nachgewiesen[92]). Die Nebenwirkungen stehen in dieser Beziehung nicht anders da, als die Rechtskraftswirkung oder die Vollstreckungswirkung.

Ebenso ist Kuttner beizustimmen, wenn er das Urteil in denjenigen Fällen, in denen die Parteien

---

[91]) S. 185. f. § 16, 17.
[92]) S. 185. ff. 1903. 3.

durch Rechtsgeschäft den Eintritt der Nebenwirkung von dem Urteil abhängig gemacht haben, als eine Bedingung der Nebenwirkung ansieht[93]). Es handelt sich sichtlich hier um eine Nebenbestimmung des Rechtsgeschäfts, kraft deren die Wirkung desselben vom Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen ungewissen Ereignisses abhängig gemacht ist[94]).

In solchen Fällen kommen mithin die §§ 158 ff. BGB. unmittelbar zur Anwendung, insbesondere § 162. Wenn hiernach das Urteil wider Treue und Glauben erwirkt ist, so wird es als nicht erlassen fingiert. Daraus folgt aber auch, daß von einer Beseitigung der Nebenwirkung selber durch Klage aus unerlaubter Handlung nicht die Rede sein kann; denn eine solche Wirkung ist überhaupt nicht eingetreten. Ein Konflikt mit der Rechtskraft ist hier nicht möglich, da die Nebenwirkung auch dann nicht eingetreten ist, wenn das Urteil richtig ist. Hat also eine Partei etwa in Erwartung des Urteils schon eine Leistung gemacht, so kann diese auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangt werden. Auch eine Schadenersatzklage ist nicht ausgeschlossen.

Sehr bedenklich ist dagegen die Anwendung des § 162 da, wo die Nebenwirkung unmittelbar vom Gesetze an das Urteil geknüpft ist. Daß hier das Urteil nicht eine reine Bedingung ist, eben weil seine Wirkung nicht von den Parteien zur Nebenbestimmung gemacht ist, scheint auch Kuttner zuzugeben[95]). Aber auch eine analoge Anwendung des § 162 verbietet sich, denn das Urteil hat nicht die geringste Aehnlichkeit mit einer

93) So schon Kisch, S. 35.
94) Cosack, S. 203, § 61.
95) S. 202, Nr. 4.

Bedingung, die doch allein eine analoge Anwendung gestatten könnte.

Zunächst wird hier die Wirkung eines Rechtsgeschäfts zwischen den Parteien von dem Erlaß des Urteils abhängig gemacht, sondern es tritt eine Rechtswirkung gänzlich unabhängig von dem Bestehen eines Rechtsverhältnisses ein. Durch das Urteil wird ein Rechtsverhältnis oder wenigstens eine Rechtswirkung zwischen den Parteien überhaupt erst geschaffen. Demgemäß kann auch keine Rede davon sein, daß vor dem Erlaß des Urteils ein Schwebezustand bestände[96]). Bei der echten Bedingung werden die Rechtsfolgen eines schon äußerlich gegebenen Tatbestandes wirksam oder hinfällig; das Rechtsgeschäft ist zwischen den Parteien schon abgeschlossen, nur ob es wirkt oder ob es hinfällig wird, ist ins Ungewisse gestellt.

Hier dagegen bildet dasjenige Moment, welches die Wirkung oder Hinfälligkeit der Wirkung hervorrufen soll, den Tatbestand dieser Wirkung selber. Das Urteil ist, wie Kuttner selbst sagt, ein Tatbestandsmoment einer Rechtswirkung, ebenso wie jedes beliebige andere Tatbestandsmoment, mag es in einem Rechtsgeschäft oder in einer Rechtshandlung bestehen. Genau wie das Ehescheidungsurteil die Scheidung bewirkt, bewirkt es Unterhaltungsansprüche, nur daß diese nicht bestimmungsgemäß sind; und doch wird man das Urteil nicht als eine Bedingung der Scheidung bezeichnen, oder einer solchen gleichsetzen. Andere Analogien sind die Wirkungen der unerlaubten Handlung, oder — bezüglich Dritter — die Wirkungen eines Vertrags zugunsten

[96]) Vgl. z. B. den Schadenersatzanspruch nach § 717, ZPO.

Dritter, wenn er dem Dritten unmittelbar das Recht gewährt[97]).

Das Urteil ist also einfach den Tatbeständen mit Rechtsfolgen gleichzustellen, aber nicht denjenigen Nebenbestimmungen, welche die Wirkungen des Tatbestandes beschränken.

Hiernach ist undenkbar, daß § 162 auf die Urteile in ihren privatrechtlichen Nebenwirkungen Anwendung finden könnte. Läßt man zu, daß das Urteil als nicht erlassen gilt, daß die Nebenwirkung also nicht eingetreten ist, so muß dies notwendig allen gegenüber wirken. Noch weiter: man muß auch zulassen, daß diese Wirkungslosigkeit auch außerhalb des Prozesses in jeder beliebigen Weise geltend gemacht werden kann. Diese Folgerung zieht auch Kuttner[98]). Wohin würde aber das führen! Was soll der Standesbeamte tun, wenn die geschiedene Frau ihm nachweisen will, daß das Scheidungsurteil erschlichen sei, um dadurch die Eintragung der Entziehung des Familiennamens in das Standesregister zu verhindern[99]). Er wird entweder ein Beweisverfahren selber vornehmen oder die Entziehung des Namens eintragen und die Frau auf den Weg des Berichtigungsverfahrens nach § 65, 66 P. St. G. § 70 FGG. verweisen. Ein Streit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die arglistige oder nicht arglistige Erschleichung eines Urteils ist aber sicher keine erfreuliche Erscheinung.

[97]) Es ist wieder hinzuweisen auf § 775, BGB. wo mehreren Tatbeständen, darunter auch dem Urteil die gleiche Wirkung beigelegt ist. Niemand wird behaupten, daß der Verzug des Schuldners (§ 775 Z. 3) einer Bedingung des Anspruchs auf Befreiung von der Bürgschaft ähnlich sieht.

[98]) S. 210, vor Nr. 8. S. 216, Nr. 11.

[99]) Kuttner, S. 217.

Man denke sich auch die Streitigkeiten, die im Falle des § 1635 BGB. vor dem Amtsgericht entstehen müssen, wenn außer allen übrigen Einwänden noch der Einwand der arglistigen Urteilserschleichung zugelassen wird.

Die Nebenwirkung tritt vielmehr auch dann ein, wenn das Urteil in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise erwirkt ist.

Ist dem aber so, dann fragt es sich, ob eine Beseitigung der Nebenwirkung durch eine Klage aus unerlaubter Handlung möglich ist.

Die Nebenwirkung kann natürlich ein Nachteil sein für denjenigen, zu dessen Ungunsten sie eingetreten ist, z. B. die Unterhaltungspflicht des geschiedenen und für schuldig erklärten Ehegatten oder die Sequestration beim Nießbrauch infolge Verurteilung zur Sicherheitsleistung (§ 1052 BGB.) Aber auch hier wird man sagen müssen, daß die Nebenwirkung ein Schaden nur dann ist, wenn das auf normalem Wege erlangte Urteil die Nebenwirkung nicht gehabt haben würde, weil es im anderen Sinne ausgefallen wäre, d. h. also wenn das Urteil unrichtig ist. Die Unrichtigkeit des Urteils ist also auch hier ein Tatbestandsmoment des erhobenen Schadenersatzanspruchs; der Klage steht die Einrede der Rechtskraft entgegen. Soll die Nebenwirkung beseitigt werden, so bleibt nichts übrig, als die Wiederaufnahme des Verfahrens.

Uebrigens liegt in denjenigen Fällen, in denen das Urteil einen Anspruch erzeugt, die Sache praktisch doch so, daß der Berechtigte klagt. Will der von der unerlaubten Handlung betroffene der Klage begegnen, so bleibt ihm nichts übrig, als die exceptio oder replicatio doli zu erheben, um die Rechtskraft wirkungslos

zu machen. Das Reichsgericht hat auch in der Tat diese replicatio doli zugelassen[100]), wo der Ehegatte, der im Scheidungsprozeß die Schuldigerklärung erschlichen hatte, den Unterhaltungsanspruch nach § 1578 ff erhob. Wie schon oben gezeigt[101]), läuft das auf nichts anderes heraus, als den erschlichenen Urteilen die Rechtskraft überhaupt abzusprechen.

2. Auch soweit ein Urteil im Verhältnis zu Dritten Nebenwirkungen erzeugt — die Fälle sind selten — ist der Einwand der Unrichtigkeit des Urteils ausgeschlossen[102]). Der Eintritt der Nebenfolge kann nicht ins Ungewisse gestellt sein; ist das Urteil erlassen, so muß auch die Nebenwirkung eingetreten sein. Daraus, daß nach § 68 ZPO. der Einwand der Unrichtigkeit des Urteils dem Nebenintervenienten ausdrücklich genommen ist, läßt sich kein argumentum a contrario entnehmen; denn § 68 will nur für diejenigen Fälle eine neue Vorschrift bringen, in denen nicht schon ohnehin der Einwand der Unrichtigkeit zurückgewiesen wird[103]), also für alle Fälle, in denen es sich nicht um eine Nebenwirkung handelt, eine Erstreckung der Rechtskraft auch nicht in Frage kommt.

Dies alles gilt indessen nur, und wird wohl auch von Kuttner nicht anders verstanden, wenn aus der Unrichtigkeit gefolgert werden soll, daß die Nebenwirkung nicht eingetreten sei. Wird dagegen die Unrichtigkeit in anderm Zusammenhang geltend gemacht, so bleibt es bei den gewöhnlichen Grundsätzen.

100) J. W. 12, S. 37, oben S. 68, Nr. 9.

101) S. 122, 123.

102) Vgl. die überzeugenden Ausführungen bei Kuttner S. 190, Nr. 3.

103) Kuttner S. 194.

Nicht beizustimmen ist indessen Kuttner, wenn er auch hier aus § 162 BGB. den allgemeinen Satz herleiten will, daß die Nebenfolge nicht eintritt, wenn das Urteil von derjenigen Partei, zu deren Gunsten die Wirkung eintritt, arglistig herbeigeführt ist. Das Urteil ist eben keine Bedingung und hat auch nichts bedingungsähnliches. Es könnte alles oben unter[104]) Gesagte wiederholt werden. Vielmehr tritt die Wirkung auch dann ein, wenn das Urteil erschlichen ist.

Ein Schaden ist für den Dritten dann entstanden, wenn das Urteil der materiellen Rechtslage nicht entspricht; denn wenn es anders gelautet hätte, so wäre die Rechtswirkung nicht eingetreten. Der Schaden ist auch vorsätzlich herbeigeführt, denn in den hier in Frage kommenden Fällen wird bei der Prozeßführung die Nebenwirkung entweder vorausgesehen, oder sogar bezweckt sein, z. B. bei Prozessen zwecks Erlangung des Titels für die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz[105]). Der Dritte kann also gemäß § 826 auf Ersatz des Schadens klagen. Diese Klage kann gehen auf unmittelbare Beseitigung der Nebenwirkung (wenn sie zu gunsten desjenigen eingetreten ist, der sie arglistig herbeigeführt hat). So kann der Bürge, der durch arglistig erwirktes Urteil den Befreiungsanspruch gemäß § 775 BGB. gegen den Hauptschuldner erlangt hat, von diesem zum Verzicht auf den Anspruch angehalten werden. Dieses Recht kann natürlich vom Hauptschuldner auch einredeweise gegen die Klage des Bürgen geltend gemacht werden. Und diese Klage muß durchdringen, denn da die Rechtskraft sich nicht auf den Drit-

[104]) Kuttner, S. 204, 208, 210, Z. 8.

[105]) Falls man diesen Anfechtungsanspruch als Nebenwirkung ansieht: Kuttner, S. 40, ff.

ten erstreckt, so kann er zur Begründung der Klage geltend machen, daß das Urteil unrichtig sei[106]). Diese Klage hilft auch dann, wenn das Urteil nicht von demjenigen, zu dessen Gunsten die Nebenwirkung eingetreten ist, sondern vom Gegner erschlichen ist, z. B. im Falle des § 1635 BGB. vom für schuldig erklärten Ehegatten. Die Auffassung Kuttners versagt hier, denn § 162 läßt sich dann nicht anwenden. Die Klage wird hier freilich auf Geld gehen müssen.

Die im Vorstehenden unter 1) und 2) niedergelegte Ansicht stimmt auch durchaus überein mit der Möglichkeit bezw. Unmöglichkeit, die Nebenwirkung durch Wiederaufnahme des Verfahrens zu beseitigen, was man von der Auffassung Kuttners nicht behaupten kann. Die Partei, welche die Wiederaufnahmeklage erheben kann, hat keine Schadensersatzklage. Der Dritte dagegen, der die Restitutionsklage nicht erheben kann, hat den Schadensersatzanspruch. —

Schlußwort.

Wenn wir das Ergebnis der gesamten obigen Ausführungen zusammenfassen, so sehen wir, daß eine Klage aus unerlaubter Handlung gegenüber einem rechtskräftigen Urteil nur dann durchführbar ist, wenn Personen in Frage kommen, auf die sich die Rechtskraft nicht erstreckt, daß in diesem Falle aber die §§ 823 ff. BGB. uneingeschränkt anwendbar sind. Das sind praktisch freilich ganz wenige Fälle.

Es mag zugegeben werden, daß dieses Ergebnis zu Härten führt; aber diese Härten sind nicht derart, daß

[106]) Wohl zu unterscheiden von dem Einwand, daß die Nebenwirkung wegen Unrichtigkeit des Urteils nicht eingetreten sei.

sie die Befugnis gäben, die materielle Rechtskraft zu beseitigen. Die materielle Rechtskraft ist unbedingt notwendig, wenn der Staat seiner Aufgabe, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden zu schaffen, genügen soll. Rechtssicherheit und Rechtsfrieden sind das höhere Gut, neben dem eine etwa dem Einzelnen gegenüber eintretende Unbilligkeit nicht in Betracht kommen darf.

Dieser Gedanke liegt auch dem Gesetze zugrunde, wenn es die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig geschlossenen Verfahrens in so einschneidender Weise beschränkt. Ob nicht hierin gerade zuviel geschehen, ob die Vorschriften über die Wiederaufnahme nicht einer Aenderung bedürftig, insbesondere die Ausschlußfrist zu verlängern ist, wäre eine andere Frage. Jedenfalls aber darf diese Mangelhaftigkeit des Gesetzes die Rechtsprechung nicht dazu verleiten, eine Korrektur zu schaffen, die sich in keiner Weise rechtlich begründen läßt. Die Gerichte sollen nicht blos gerecht und billig urteilen, sondern „Recht" sprechen.

Literaturverzeichnis.

Bülow: Absolute Rechtskraft, Arch. f. d. Z. Pr. 83. S. 1 ff.
Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Crome: System des bürgerlichen Rechts 1901 fg.
Dalberg: Rechtskräftiges Urteil und Verstoß gegen die guten Sitten Z. f. Z. Pr. 40 S. 5 ff. R. 1911 S. 296.
Dernburg: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten D. J. Z. 05 S. 463 ff.
Düringer: Falsche Urteile und Rechtskraft D. J. Z. 1911 S. 38.
Enneccerus, Kipp und Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Fischer-Henle: Handausgabe des BGB. 9 A. 1912.
Fischer: Subj. Grenzen der Rechtskraft, J. f. D. 40 S. 151 ff.
Freudenthal: Handausgabe der ZPO. 3 A. 1909.
Geib: Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung.
Gmelin: Die Vollstreckbarkeit 1898.
Goerres: Haftung für Kosten und Schäden, Z. f. z. Pr. 35 S. 313 ff.
Verschulden im Prozesse Z. f. z. Pr. 34 S. 1 ff.
Hahn: Materialien zur ZPO.
Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Hamburger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten 1909.
Heim: Die Feststellungswirkungen der Zivilurteile 1912.
Hellwig: Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.
Klagrecht und Klagmöglichkeit 1905.
Anspruch und Klagrecht 1900.
Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1907.
Rechtskraft und Einrede der Arglist R. 1910 S. 713 ff.
Erlöschen des Scheidungsrechts in der Revisionsinstanz D. J. Z. 1903. S. 284.
Hoeniger: Ausbeutung der Rechtskraft gegen die guten Sitten D. J. Z. 1905 S. 1005.
Jellinek, Walter: Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen 1908.
Kisch: Beiträge zur Urteilslehre 1903.
Kleinfeller: Rechtskraft, Vollstreckungsrecht und Verstoß gegen die guten Sitten Z. f. Rpfl. im Bay. 1906 S. 1 ff.
Kohler: Bürgerlichrechtliche und prozeßrechtliche Elemente in Prozeß und Zwangsvollstreckung, Grünhut 33 S. 561.

Kuttner: Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile 1908
Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses 1914.
Laband: Reichsstaatsrecht.
Levy: Reihenfolge der Prozeßvoraussetzungen, Z. f. z. Pr. 20 S. 85 ff.
Neumann: Jahrbücher des deutschen Rechts Bd. 9.
Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse 1912.
Pagenstecher: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1905.
Z. f. z. Pr. 37 S. 1 ff. Ueber die praktische Bedeutung des Streits über das Wesen der Rechtskraft.
Planck J. W.: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts 1887/1891
Planck G.: Kommentar zum BGB. 3. Aufl.
Reichel Hans: Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung 1913.
Schmidt Rich.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 2. A. 1906.
Schneider: Treu und Glauben im Zivilprozeß und der Streit über die Prozeßleitung 1903
Schollmeyer: Ueber Eccius Lehrbuch des preußischen Privatrechts, Z. f. z. Pr. Bd. 12 S.
Schultze A. S.: Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung.
Schwartz: Absolute Rechtskraft, Festgabe für Dernburg S. 311 ff.
Seuffert: Kommentar zur ZPO. 11 Aufl. 1910.
Staudinger: Kommentar zum BGB. 1912.
Stein: Kommentar zur ZPO. 10. Aufl. Bd. 1 8/9 A. Bd. 2.
Wach: Handbuch des Zivilprozeßrechts I. 1885.
Vorträge zur Reichszivilprozeßordnung 2. Aufl. 1897.
Der Rechtsschutzanspruch. Z. f. z. Pr. 2 S. 1 ff.
Wach-Laband: Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft 1899.
Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht,
Arch. f. d. z. Pr. 100 S. 1 ff.
Wienstein: R. 1910 S. 681.

A. Leibenguth, Straßburg-Neudorf.

ALB. LEIBENGUTH, STRASSBURG-NEUDORF